



Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía
del Derecho

Tesis doctoral

***AUT DEDERE AUT JUDICARE,*
CRIMEN DE LESA HUMANIDAD
Y
CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Autora: Marta Sosa Navarro

Director/es:

**Profesora. Dra. D^a Ana Manero Salvador
Profesor. Dr. D. Carlos Fernández Liesa**

Leganés, Getafe, noviembre, 2013



Memoria elaborada por la Licenciada Marta Sosa Navarro bajo la dirección de la Prof. Dra. D^a Ana Manero Salvador y el Prof. Dr. D. Carlos R. Fernández Liesa y depositada en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas en la Universidad Carlos III de Madrid en noviembre de 2013 para la colación del grado de Doctora en Derecho.

TESIS DOCTORAL

Aut dede aut judicare, crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional

Marta Sosa Navarro

A Alberto

AGRADECIMIENTOS

A mi directora, la Profesora Dra. D^a Ana Manero Salvador, por haberme contagiado su pasión por la investigación, así como por la inmensa generosidad que la caracteriza tanto académica como humanamente, su estimulante dirección, su inagotable paciencia y carácter luchador y su compromiso con la excelencia.

A mi director, el Profesor Dr. D. Carlos Fernández Liesa, por su constante apoyo, su plena disponibilidad, sus palabras de ánimo en los momentos difíciles y por haberme ayudado, desde su gran experiencia, a desarrollar el espíritu crítico en la investigación.

A la Profesora D^a Sabela Oubiña, por sus consejos, su calidez y por su ayuda al compartir conmigo sus conocimientos y su fondo documental.

A Kathryn Hovington, por su amistad y por la enorme entrega y cariño con la que se volcado en cada duda que le he planteado en materia de derecho penal internacional durante estos años.

A Alison Mc Farlane, por sus valiosas sugerencias sobre cómo abordar la investigación de la estrategia de conclusión del Tribunal Internacional para Ruanda.

A la Residencia de Estudiantes, por haberme dado la oportunidad de realizar esta tesis doctoral durante el curso 2011-2012, a su personal y a todos los compañeros con los que pude compartir un año inolvidable.

Al Profesor Dr. D. Héctor Olásolo, por su tiempo y sus brillantes consejos en la primera fase de esta investigación.

Al Relator Especial sobre la obligación de extraditar o juzgar, D. Kriangsaak Kittichaisaree, por compartir conmigo documentos y reflexiones que han enriquecido este trabajo.

Al personal de la biblioteca María Moliner, y en especial a Salvador por su profesionalidad.

A mis padres y a Dani, por apoyarme incondicionalmente en todo y por el tiempo que han dedicado a la revisión de la tesis para ayudarme a terminarla.

A toda mi familia, con Mamaela a la cabeza, por ayudarme a relativizar y en especial a mi primo Álex, por todas las horas que ha pasado con el formato de esta tesis.

A mi familia italiana, por haberme acogido con tanto cariño y a Alberto, por estar siempre a mi lado y por haberme dado fuerza y serenidad en los momentos más duros.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE - FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN Y MARCO TEÓRICO	18
CAPÍTULO I - GARANTÍAS DERIVADAS DEL PROCESO JUDICIAL EN DERECHO INTERNACIONAL	19
1. 1. Marco jurídico internacional de protección de las garantías procesales	19
1.1.1. Derechos de seguridad jurídica con interpretación y alcance común.....	23
1.1.1.1. Derecho a un juicio público	23
1.1.1.2. Derecho a la presunción de inocencia.....	32
1.1.2. Derechos de seguridad jurídica con variaciones en los niveles de protección	46
1.1.2.1. Derecho a estar presente o verse representado en el proceso	47
1.1.2.2. Derechos a la doble instancia.....	49
1.1.2.3. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	52
1.1.2.4. Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección	53
1.1.3. Derechos de seguridad jurídica no desarrollados o desarrollados parcialmente en la jurisprudencia internacional: el derecho al debido proceso y principio de legalidad.....	57
1.1.4. Deficiencias en la protección de los derechos humanos derivadas de la regulación de los Tribunales Internacionales	67
1.1.4.1. Omisiones en los Estatutos de los Tribunales Internacionales	67
1.1.4.2. Inexistencia de remedios efectivos en caso de violación de derechos humanos	70
1.1.4.3. Obstáculos al rol pedagógico y de promoción de los derechos humanos en la regulación de los Tribunales Internacionales.....	71
CAPÍTULO II - GARANTÍAS DERIVADAS DEL PROCESO DE EXTRADICIÓN O DE LA EXTRADICIÓN OFICIAL: CONSIDERACIÓN DE LA OPCIÓN DE ENTREGA A TRIBUNAL INTERNACIONAL Y LA EURO-ORDEN	74
2.1. La extradición oficial	74
2.1.1. Evolución de la figura y desafíos.....	74
2.1.2. Derechos y garantías inherentes a la extradición oficial	77

2.1.3. Evolución del rol de los derechos humanos y las garantías procesales en el proceso de extradición	82
2.2. La entrega a un Tribunal Internacional	84
2.3. La entrega a nivel regional: la Euro-orden.....	90
2.3.1. Génesis.....	90
2.3.2. Contenido.....	92
2.3.3. Evolución en la regulación de los derechos de seguridad jurídica	93
CAPITULO III - RIESGOS DERIVADOS DE LA EXPOSICIÓN A PROCEDIMIENTOS DE ENTREGA NO OFICIALES	99
3.1. Secuestros, detenciones, entregas extraordinarias y la extradición encubierta	99
3.1.1. Mala captus, bene detentus	100
3.1.1.1. Cuando falla la extradición, ¿es el secuestro la solución?	104
3.1.1.1.1. Concepto y tipos.....	105
3.1.1.1.2. Consecuencias y medios de defensa: soberanía nacional, derechos humanos y proceso legal internacional.....	111
3.1.1.1.3. Casos de referencia: Álvarez-Macháin y Tschombe.....	120
3.1.1.1.4. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	124
3.1.1.1.5. Especial atención a la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales	127
3.1.2. Las extradiciones encubiertas y las entregas extraordinarias	128
3.1.2.1. Las extradiciones encubiertas	128
3.1.2.2. Las entregas extraordinarias de los Estados Unidos	131
3.1.2.2.1. Concepto y alcance	132
3.1.2.2.2. Cooperación europea.....	140
3.1.2.3. La ejecución como alternativa a la extradición: targeted killings.....	145
CAPÍTULO IV - LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR COMO HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD	151
4.1. La impunidad. Concepto y efectos.....	151
4.2. El marco jurídico internacional de la lucha contra la impunidad.....	157
4.3. Amnistías y asilos como desafíos a la efectividad de esta herramienta	162
4.3.1. Amnistías	162
4.3.2. La “Alternativa Napoleónica”	166
4.3.3. Otras amenazas: la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado. Evolución.	168
4.4. La justicia transicional	172

SEGUNDA PARTE - NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR CON RESPECTO AL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD Y SU EFECTO SOBRE EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD	183
--	-----

CAPÍTULO V - DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUSTANTIVO. EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD.....	184
---	-----

5.1. Crimen de Lesa Humanidad.....	184
5.1.1. Origen y concepto.....	185
5.1.1.1. Elementos del crimen de lesa humanidad.....	189
5.1.1.2. Subtipos de crímenes de lesa humanidad.....	195
5.1.1.2.1. Asesinato (7.1.a).....	195
5.1.1.2.2. Exterminio (7.1.b).....	196
5.1.1.2.3. Esclavitud (7.1.c)	198
5.1.1.2.4. Deportación o traslado forzoso de la población (7.1.d.)	200
5.1.1.2.5. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional (7.1.e).....	204
5.1.1.2.6. Tortura (7.1.f.).....	205
5.1.1.2.7. Violencia sexual (7.1.g.)	208
5.1.1.2.8. La persecución como crimen de lesa humanidad (7.1 h).....	212
5.1.1.2.9. Las desapariciones forzadas como crímenes contra la Humanidad (7.1.i)	217
5.1.1.2.10. Apartheid (7.1.j)	221
5.1.1.2.11. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (7.i k).....	222

CAPÍTULO VI - EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR. EVOLUCIÓN Y CONTENIDO DE LA CLÁUSULA	234
--	-----

6.1. El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional (CPI) y la necesidad de potenciar el papel de los tribunales nacionales en la investigación y enjuiciamiento del crimen de lesa humanidad.....	234
6.1.1. Razones por las que la actuación de los tribunales nacionales es preferible a la de la CPI	241
6.1.1.1. Limitaciones materiales de la CPI	241
6.1.1.2. El poder del Consejo de Seguridad sobre el ejercicio de la jurisdicción de la CPI ..	246
6.1.1.3. Hay “Estados” que no son socios del club	251
6.2. El significado de la obligación de extraditar o juzgar.....	254
6.2.1. Historia y evolución del concepto	255
6.2.1.1. Hugo Grocio y el <i>aut dedere aut punire</i>	257
6.2.1.2. El surgimiento de los derechos humanos y la reelaboración de la obligación.....	260
6.2.2. Concepto. El carácter alternativo de la obligación de extraditar o juzgar	266

6.2.2.1. La labor de codificación y desarrollo progresivo de la CDI.....	268
6.2.2.2. Obligación de extraditar.....	272
6.2.2.3. Obligación de juzgar.....	278
6.2.2.3.1. Las relaciones entre la obligación de juzgar, la imposibilidad de castigar y la obligación de investigar en España según el Tribunal Supremo.....	284
6.2.2.4. La triple alternativa o el clásico principio de complementariedad.....	289
6.3. Relación entre el <i>aut dedere aut judicare</i> y el principio de jurisdicción universal: el significado de la obligación de juzgar y la obligación como adaptación apolítica y práctica del principio de jurisdicción universal.	291
6.3.1. Aclaraciones previas.....	291
6.3.2. Fundamentación filosófica de la jurisdicción extraterritorial: ¿ <i>Par in parem non habet imperium</i> ?	297
6.3.3. El <i>aut dedere aut judicare</i> como expresión razonable del principio de jurisdicción universal.....	303
6.4. Análisis del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (2011).....	306
CAPÍTULO VII	314
EL AUT DEDERE AUT JUDICARE COMO OBLIGACIÓN CONVENCIONAL.....	314
7.1. El principio como obligación convencional.....	314
7.1.1. La inexistencia de un Convenio internacional de prohibición del crimen de lesa humanidad	314
7.1.2. Instrumentos convencionales que regulan los crímenes internacionales en sentido estricto que contengan la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	319
7.1.2.1. Instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que incorporen la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	321
7.1.2.2. Instrumentos regionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que incorporen la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	331
7.1.2.2.1. Europa	331
7.1.2.2.2. América Latina.....	335
7.1.2.2.3. África y Mundo Árabe	339
7.1.3. Instrumentos convencionales que regulan los crímenes internacionales en sentido estricto que no contengan la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	340
7.1.3.1. Instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que no incorporen la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	340
7.1.3.2. Instrumentos regionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que no incorporen la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	345
7.1.4. La propuesta de Convenio para la Prevención y Represión de los Crímenes contra la Humanidad: el <i>aut dedere aut judicare</i> flexible	345
7.1.4.1. El <i>aut dedere aut judicare</i> en la Propuesta de Convención	350

CAPÍTULO VIII - EL AUT DEDERE AUT JUDICARE COMO OBLIGACIÓN	
CONSUECUDINARIA	361
8.1. El principio como obligación consuetudinaria.....	361
8.1.1. La costumbre internacional	361
8.1.1.1. Criterios aplicables al análisis consuetudinario. Los Principios de Londres.	366
8.1.2. Resoluciones organismos internacionales y tribunales internacionales	371
8.1.2.1. Asamblea General y Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.....	371
8.1.2.2. Tribunales <i>ad hoc</i> , la estrategia de conclusión y la regla 11 <i>bis</i>	380
8.1.2.3. La evolución de la postura de la CIJ	385
8.1.2.3.1. El caso Lotus (1927) y los casos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969)	387
8.1.2.3.2. Barcelona Traction (1970)	390
8.1.2.3.3. El no-rol de la CIJ en el asunto Lockerbie (1992)	392
8.1.2.3.4. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares (1996)	395
8.1.2.3.5. Caso de la Orden de Detención (2002)	396
8.1.2.3.6. Caso retirado: Francia c. Congo.....	397
8.1.2.3.7. El caso Hissène Habré (2012)	398
8.1.2.3.8. El caso Inmunidad Jurisdiccional de los Estados: Alemania contra Italia (2012)	408
8.2.1. Manifestaciones de los Estados	410
8.2.1.1. En contextos internacionales: AG y CDI.....	412
8.2.1.2. Legislaciones domésticas.....	426
8.2.1.3. Jurisprudencia	434
CONCLUSIONES	457
BIBLIOGRAFÍA	464
ANEXOS	¡Error! Marcador no definido.



ABREVIATURAS

Abreviaturas de Instituciones u Organizaciones

AG	Asamblea General
AI	Amnistía Internacional
AIDP	Asociación Internacional de Derecho Penal
AN	Audiencia Nacional
CAT	Comité contra la Tortura
CCPR	Comité de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CLH	Crimen de Lesa Humanidad
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
C ^a S	Consejo de Seguridad
ER	Estatuto de Roma
2GM	Segunda Guerra Mundial
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SS	Siglas de las palabras <i>Schutz Staffel</i>

TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TJE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPIJ	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TS	Tribunal Supremo
HRW	Human Rights Watch

Abreviaturas de referencias bibliográficas

ADI	Anuario de Derecho Internacional
AJIL	American Journal of International Law
<i>Ariz.J.Int'l & Comp. L</i>	Arizona Journal of International and Comparative Law
Brit. Yb. Int'l L.	British Year Book of International Law (UK)
<i>Case W. Res. J. Int'l L.</i>	Case Western Reserve Journal of International Law
CHI. J. INT'L L	Chicago Journal of International Law
Chinese J. Int'L L	Chinese Journal of International Law
CORNELL INT'L L.J.	Cornell International Law Journal
EJIL	European Journal of International Law
Fordham Int'l L.J	Fordham International Law Journal
Goettingen J. Int'l L.	Goettingen Journal of International Law

HARV. HUM. RTS. J	Harvard Human Rights Journal
HARV. INT'L L.J,	Harvard International Law Journal
HUM. RTS. Q	Human Rights Quartely
Hum.Rts.L. Rev	Human Rights Law Review
INT'L L. NEWS	Int'l Criminal and humanitaria
ItYBIL	Italian Yearbook of International Law
J.Int'l Crim. Just	Journal of International Criminal Justice
J. Marshall L. Rev	The John Marshall Law Review
Mich. J.Intl'L	Michigan Journal of International Law
Mich. YBI Legal Stud	Michigan Yearbook of International legal studies
MOD. L. Rev	Modern Law Review
J.Nat'l Security L. & Pol'y	Journal of National Security Law & Policy
Neth. Q., Hum Rts	Netherlands Quarterly of Human Rights
RECORDIP	Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
R. des C.	Recueil des cours
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
Temp. Int'l & Com. L.J,	Temple International and Comparative Law Journal
Temp. Int'l & Com. L.J,	Temple International and Comparative Law Journal
Va. J. Int'IL	Virginia Journal of International Law
Vand. L. Rev	Vanderbilt Law Review
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review

YIHL	List of Yearbook of International Humanitarian Law
Yale J. World Pub. Order	Yale Journal of World Public Order
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law



Nada está construido en la piedra. Todo está construido en la arena.
Pero debemos construirlo como si la arena fuese piedra.

Jorge Luis Borges

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en un momento histórico de contrastes, el mejor de los tiempos y el peor de los tiempos, la edad de la sabiduría, y también de la locura, la época de las armas químicas y de las 122 ratificaciones del Estatuto de Roma¹.

En este contexto, la presente tesis doctoral tiene como objetivo investigar la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar con respecto al crimen de lesa humanidad.

La obligación de extraditar o juzgar es una cláusula procesal formulada por primera vez en el siglo XVII por Hugo Grocio. A pesar de nacer como una herramienta puramente westfaliana dirigida a garantizar el castigo del delincuente por el daño causado al Estado en el que ha delinquido, se ha ido adaptando al paso del tiempo hasta transformarse en uno de los instrumentos más garantistas y eficaces para luchar contra la impunidad que podemos hallar en el panorama internacional. Sin embargo, su gran potencial ha sido ignorado durante años tanto por la doctrina como por los juristas, que han dedicado mucha más atención a principios (como la jurisdicción universal) y jurisdicciones (como la Corte Penal Internacional, CPI) que se han revelado incapaces de dar respuestas a las violaciones masivas de derechos humanos a las que han tenido que enfrentarse. Tras años de silencio, en el 2004, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) decide impulsar el estudio de esta figura mediante el nombramiento de un Relator Especial sobre el tema y la constitución de un Grupo de Trabajo. Así, el órgano codificador de las Naciones Unidas se plantea por primera vez una serie de cuestiones destinadas a averiguar la naturaleza jurídica de la citada obligación. Este impulso llega solo unos años después de la publicación del primer trabajo monográfico sobre este tema, firmado por dos referentes mundiales del Derecho Internacional, M. Cherif Bassiouni y Edward M. Wise².

Esta obra, publicada por primera vez en 1995, coloca los cimientos para los posteriores estudios sobre la materia. En ella, se hace una primera aproximación a la cláusula y se

¹ Citando el célebre comienzo de la clásica obra de Charles Dickens, *Historia de dos ciudades*.

² BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, 1995.

analiza su relación con otros principios de derecho internacional como el *ius cogens* o la *civitas maxima*. También recoge este trabajo una relación de los convenios internacionales reguladores de crímenes internacionales que incorporan esta cláusula. Es posible hallar aquí un primer acercamiento a la cláusula alternativa como derecho consuetudinario pero desde un enfoque predominantemente prescriptivo. Con la excepción de algunas contribuciones en revistas de derecho internacional, la obligación vuelve a adoptar un perfil bajo hasta que en 2009, Claire Mitchell, investigadora del Graduate Institute de Ginebra la rescata. En este año publica una monografía que sigue siendo, a día de hoy, el trabajo más extenso sobre la materia³. En este trabajo, la autora se centra en abordar las fuentes de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes internacionales en sentido amplio. Así, analiza la presencia de la obligación en Convenios internacionales, en las resoluciones del Consejo de Seguridad y en algunos pronunciamientos de tribunales internacionales. También se analiza la práctica de los Estados. Esta autora consigue examinar la legislación en materia de jurisdicción de 94 Estados. Sin embargo, lo hace de manera general y con respecto a los crímenes internacionales en general. A la hora de abordar la práctica estatal, se refiere a, modo de ejemplo, a unos cuantos casos que tienen por objeto delitos que van desde el fraude a los crímenes de guerra. A través de su investigación, Mitchell pone las bases sobre las que se apoyará esta tesis, que, bebiendo de las propuestas clasificadoras de esta autora, ha buscado completarlas y perfeccionarlas. En efecto, la propia autora reconoce que “el análisis de la práctica de los Estados y la *opinio iuris* con respecto a todos y cada uno de los crímenes internacionales para determinar si puede afirmarse la existencia de una costumbre internacional excede del ámbito de esta investigación. Baste aquí con afirmar que las pruebas que sobre esta cuestión existan con respecto a crímenes particulares, pueden llegar a ser indicativas de la existencia o emergencia de obligaciones consuetudinarias con respecto a estos delitos⁴”. Así, la presente tesis doctoral recoge el testigo de Claire Mitchell y se propone enfrentarse al desafío de averiguar la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar respecto a un crimen internacional concreto: el crimen de lesa humanidad. La decisión de abordar el estudio de la naturaleza jurídica de este principio respecto al crimen de lesa humanidad, responde

³ MITCHEL, C., *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, eCahiers, núm. 2, 2009.

⁴ *Id.*, cap I: “Sources of the “*aut dedere aut judicare*” obligation, párr. 68. Traducción de la autora.

fundamentalmente a la creencia de que la constatación de su naturaleza consuetudinaria y por ende, su carácter obligatorio para todos los Estados, supondría un importante paso hacia la eliminación de lagunas jurisdiccionales que evitaría que los responsables del que constituye el crimen internacional por excelencia, quedaran impunes⁵. En efecto, hay argumentos para considerar el análisis de la naturaleza de la referida obligación respecto de este crimen particularmente interesante⁶, sin perjuicio de que idealmente, esta cuestión, deba ser abordada, por separado, en relación a todos y cada uno de los crímenes internacionales⁷.

⁵ Esta autora suscribe la opinión sostenida por algunos internacionalistas que afirma que en el ámbito del derecho internacional, el crimen de lesa humanidad es “el crimen de los crímenes” y que además se trata de una noción que ofrece protección universal a las víctimas de las violaciones de derechos humanos: “Es posible concebir el crimen de lesa humanidad como una categoría paraguas que ofrece protección casi universal a las poblaciones civiles en tiempos de guerra y en tiempos de paz”. MURRAY, A.R.J., “Does International Criminal Law Still Require a “Crime of Crimes”? A Comparative Review of Genocide and Crimes Against Humanity”, *Goettingen J. Int'l L.*, vol. 3, 2011, p. 589, p. 607; y SCHABAS, W., *The UN International Tribunals, The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006, p. 185: “la verdadera norma paraguas de los tribunales es la prohibición de crímenes de lesa humanidad”. Traducción de la autora.

⁶ MITCHELL, C., cap I: “Sources of the “aut dedere aut judicare” obligation”...*op cit.*, párr. 38: “El análisis en relación a los crímenes de lesa humanidad y el genocidio habría sido más interesante. Los Estados no están obligados mediante tratados a establecer expresa o implícitamente su jurisdicción. La legislación doméstica que permite el enjuiciamiento extraterritorial de crímenes contra la humanidad y genocidios podría ser prueba de la existencia de una costumbre internacional de extraditar o juzgar. Desafortunadamente, las investigaciones sobre estos crímenes son menos completas, en parte porque no existe, respecto de los mismos obligación de informar (sobre la concurrencia de la misma), a diferencia de lo que ocurre con los crímenes de terrorismo o de torturas. Por consiguiente, toda esfuerzo investigador en este sentido está obstaculizado por el acceso a la legislación doméstica y las dificultades lingüísticas”. Traducción de la autora. Por su parte, el Relator Especial, en su segundo informe de 2007, afirma lo siguiente, refiriéndose a los más graves crímenes internacionales, curiosamente denominados por algunas de las delegaciones en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo período de sesiones “crímenes de lesa humanidad”: “Parece mucho más fácil y efectivo establecer algunas reglas jurídicas para los delitos seleccionados mediante la codificación o el desarrollo progresivo del derecho internacional que hacerlo con carácter general para todos los crímenes y delitos. Ello no excluye, obviamente, la posibilidad de desarrollar posteriormente, si así lo decide la Comisión, normas o principios de alcance más general”. Véase Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr. 56.

⁷ Así se reconoce en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: “Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”, Asamblea General de Naciones Unidas, *Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional* de 17 de julio de 1998, Preámbulo. De esta opinión son también dos de los académicos de referencia en esta cuestión, C. Bassiouni y E. Wise. Estos autores, en la obra referida, tras exponer los dos caminos que existen para abordar el estudio de la naturaleza jurídica de la obligación (1. En relación a un solo delito recogido en un tratado 2. En relación a una clase de delitos internacionales o a delito internacional en general), eligen tomar el segundo por el mayor efecto que la cristalización de la obligación como costumbre puede tener es este caso. Dentro del mismo, distinguen 3 subcategorías: a. La obligación de extraditar o juzgar bajo el derecho consuetudinario en relación a los autores de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad; b. Lo mismo pero incluyendo los actos terroristas, y c. La obligación de extraditar o juzgar en relación a todos los delitos internacionales. Estos autores defienden el

Ante el vacío jurídico existente en este ámbito, que impide conocer la potencialidad de esta herramienta para posibilitar el enjuiciamiento de estos ilícitos a través de las jurisdicciones nacionales, la elección de abordar el crimen de lesa humanidad frente a los otros tres crímenes internacionales sobre los cuales ejerce su jurisdicción la CPI, no es aleatoria. Las razones que motivan esta elección pueden ser diseccionadas a través de un breve análisis comparativo con cada uno de los crímenes internacionales referidos. En relación con el crimen de agresión, a pesar de la existencia de un importante precedente en los Juicios de Núremberg, las dificultades para llevar cabo su investigación y enjuiciamiento son evidentes en tanto que la comunidad internacional no ha logrado llegar a un acuerdo acerca de su definición hasta el año 2010, en la célebre Conferencia de Kampala⁸. Resulta evidente que, en estas circunstancias, optar por la investigación de la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* en relación a un crimen internacional sobre cuya definición no ha existido un consenso hasta el año 2010 como primer intento de esclarecer la naturaleza jurídica de este principio encontraría obvias dificultades. Por otro lado, en comparación con el crimen de guerra, en tanto que éste tiene un ámbito de aplicación limitado a los actos cometidos en el concreto contexto de un conflicto armado, el crimen de lesa humanidad se presenta como un tipo más incluyente.

abordar el estudio de la naturaleza jurídica de esta obligación desde la tercera subcategoría, opinión que también ha sido suscrita por el juez Weeramantry en su opinión separada, en la que disientía de la decisión de denegar las medidas provisionales en el caso Lockerbie. BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite...op cit.*, pp. 20-22. Conviene aclarar aquí que la decisión de abordar, en esta tesis, la naturaleza jurídica de la referida obligación alternativa solo en relación al crimen de lesa humanidad no está, aunque aparentemente así pueda resultar, en conflicto con la propuesta realizada por estos expertos. Es más, reconociendo la mayor idoneidad de realizar la investigación en relación a todos los crímenes internacionales, de cara al mayor impacto que los resultados de la misma pueden tener en la erradicación de la impunidad, la magnitud de la tarea excede con creces lo abordable en una sola tesis doctoral. Así lo confirman los tímidos avances que han tenido lugar en el seno de la Comisión de Derecho Internacional que lleva trabajando más de 7 años sobre esta cuestión, aumentando progresivamente los recursos humanos dedicados a la misma. Esta tesis pretende ofrecer una modesta contribución a este gran proyecto.

⁸ Resolución RC/Res.6, adoptada en la Sesión Plenaria 13, el 11 de junio de 2010, RC/11. Disponible aquí. Consultado el 1/11/2013; Véanse los artículos 8bis, 15 bis y 25.3bis del Estatuto de Roma. A pesar del éxito tardío de esta conferencia a la hora de lograr finalmente una tipificación consensuada del crimen de agresión, el logro, destacan algunos referentes internacionales como el Fiscal en los Juicios de Núremberg, Benjamin B. Ferencz, es relativo en tanto que no se ha conseguido otorgar jurisdicción efectiva sobre el mismo al Tribunal Penal Internacional. FERENCZ, B., "A New Approach to deterring illegal wars", en Benjamin Ferencz, Law. Not War, agosto de 2011. Disponible aquí. Consultado el 1/11/2013.

Por último, la elección del estudio del referido crimen frente al crimen de genocidio responde al intento de abordar la investigación desde un punto de vista realista, práctico y coherente con las tendencias modernas que empiezan a perfilarse en el ámbito del derecho internacional. A través de un análisis histórico del crimen de lesa humanidad y del crimen de genocidio publicado recientemente, Alexander R.J. Murray, pone de manifiesto el carácter redundante que este último crimen ha adquirido a la luz de los avances en la aplicación y la jurisprudencia del crimen de lesa humanidad⁹. La concurrencia del crimen de genocidio depende de la existencia de la intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso por parte del autor¹⁰. Sin embargo, en el caso del crimen de lesa humanidad basta con que haya tenido lugar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Este autor argumenta, apoyado en la jurisprudencia internacional y en la doctrina más cualificada¹¹, la conveniencia de subsumir el genocidio dentro del tipo crimen de lesa humanidad. Por un lado, una vez desaparecido el requisito de la vinculación a un conflicto armado en el tipo de crimen de lesa humanidad, la protección otorgada a los individuos por parte de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio deja de ser exclusiva al crimen de genocidio. Por otro lado, al eliminar el requisito del elemento subjetivo de la intención de destruir un grupo concreto, la persecución y enjuiciamiento de los actos enumerados en ambos tipos resulta más fácilmente perseguible y enjuiciable, fin último de la justicia internacional:

“Además, los crímenes de lesa humanidad pueden ser probados más fácilmente porque el umbral del *mens rea* está más bajo. Aunque en un principio pueda parecer que esta posición justifica un proceso judicial más exhaustivo, en realidad, hace lo contrario. Probar el *dolus specialis* del genocidio es difícil, lo cual puede llevar a aquellos que se embarquen en planes genocidas a creer que pueden actuar con impunidad. Al hacer uso

⁹ MURRAY, A.R.J., “Does International Criminal Law Still...*op cit.*”, p. 590. Desde este trabajo de investigación, se apoya, a todos los efectos, el motivo que subyace a la defensa de la tesis del autor en tanto que coincide con la razón de ser esta investigación: “Se aboga por una aproximación pragmática en lugar de filosófica a la justicia internacional orientada hacia el beneficio de las víctimas y la prevención de futuros crímenes”. Traducción de la autora.

¹⁰ Artículo 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de Diciembre de 1948.

¹¹ SCHABAS, W., *The UN International Tribunals...op cit.*, p. 185.

del umbral más bajo ofrecido por el crimen de lesa humanidad, es posible desafiar a la impunidad¹²”.

En conclusión, se puede inferir de todo lo anterior que las razones que motivan la elección de abordar el estudio de la naturaleza jurídica del principio en relación a este crimen sobre todos los demás incluyen practicidad, eficacia, existencia de fuentes para el estudio y voluntad de contribuir a responder la pregunta en términos más amplios, mediante una aportación basada en la construcción de un modelo de análisis, trasladable eventualmente, al resto de crímenes internacionales¹³. Además de todo lo expuesto, el hecho de que el crimen de lesa humanidad sea, con la excepción del conflictivo crimen de agresión, el único crimen internacional de competencia de la CPI que no cuenta con un Convenio internacional para su prevención y sanción, se suma a las razones expuestas para justificar la importancia del desarrollo de la investigación en este campo y dar cuenta del carácter novedoso del trabajo planteado.

El presente trabajo de investigación está dividido en dos grandes partes. La primera parte, “Fundamento de la obligación y marco teórico: la obligación de extraditar o juzgar, los derechos humanos y la impunidad” está formada por los capítulos I a IV. En ella, se aborda el fundamento teórico de la cláusula estudiada y se evidencian los vacíos jurídicos que se pretende contribuir a colmar mediante la determinación de su naturaleza jurídica. La segunda parte, titulada “Naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar respecto al crimen de lesa humanidad y su efecto sobre el principio

¹² MURRAY, A.R.J, “Does International Criminal Law Still...*op cit.*, p. 600. Traducción de la autora.

¹³ Para justificar este eventual traslado a otros crímenes internacionales, se toma aquí prestada la claridad expositiva con la que la profesora Abad Castelos fundamenta el principio de jurisdicción universal, construcción que, sin perjuicio de las diferencias entre ambos principios que será abordada en profundidad más adelante, es perfectamente aplicable a la obligación de extraditar o juzgar. ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012, pp. 65-90, p. 71: “El principal fundamento de este principio ha de extraerse, pues, del carácter de los delitos a los cuales puede aplicarse. Delitos cuya característica principal es que afectan gravemente a los valores esenciales de la Comunidad Internacional, de modo que pueden entenderse dirigidos contra la sociedad internacional en su conjunto, y a la vez contra cada uno de los Estados que la conforman. Esto es lo que justifica que los autores de este tipo de crímenes, condenados de modo tan universal, sean considerados enemigos de toda la humanidad, y, por tanto, cualquier Estado que detenga a los presuntos autores pueda ejercer su jurisdicción al respecto y, eventualmente, sancionarlos, en el entendimiento de que el delito en cuestión, al suponer un atentado contra los intereses generales universalmente compartidos, supone a la vez un ataque desde la perspectiva estatal individualmente considerada”.

de complementariedad”, está compuesta por los capítulos V a VIII. En esta parte se aborda el ámbito sustantivo de aplicación de la obligación (el crimen de lesa humanidad) para después explorar la relación de la cláusula alternativa con la jurisdicción de la CPI, y su alcance, contenido y naturaleza jurídica respecto al crimen de lesa humanidad.

Atendiendo al planteamiento del marco teórico de esta investigación, que busca analizar principio *aut dedere aut judicare* en tanto que herramienta de apoyo a la aplicación efectiva del principio de complementariedad de la CPI, en el primer capítulo, se presenta el marco jurídico de protección de los derechos de seguridad jurídica desde una clasificación inferida de la jurisprudencia internacional. El sentido del mismo es identificar el núcleo común de los derechos de seguridad jurídica sobre el que se ha de construir después la obligación de extraditar o juzgar.

Así, la división propuesta en este **primer capítulo**, parte del estudio del reconocimiento, alcance y contenido de los derechos de seguridad jurídica en el ámbito de los tribunales internacionales y de los tribunales internacionalizados, mixtos o híbridos¹⁴.

Los Tribunales Internacionales, debido a su posición como órganos creados en el seno de las Naciones Unidas, tienen atribuida una especial responsabilidad por violación de derechos humanos y depuración de la responsabilidad individual¹⁵. En consecuencia, la protección de los derechos de los acusados es esencial. La ONU ha reiterado la

¹⁴ Para la elaboración de este apartado se han estudiado los siguientes tribunales internacionales: Tribunales Internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, el Tribunal Penal Internacional, el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal Especial para el Líbano en tanto que tribunales regulados sustantiva o/y procesalmente por el derecho internacional. Para un análisis de la importación de los principios del debido proceso o los derechos del acusado a los tribunales de composición mixta, regidos exclusivamente por el derecho interno véase MARTINEAU, A., *Timor oriental, Kosovo, Bosnie-Herzégovine et Cambodge: l'injection de garanties procedurales dans les système interne en Les juridictions pénales internationalisées, un nouveau modèle de justice hybride?*, CERDIN Paris I, Perspectives Internationales, Paris 2007.

¹⁵ ZAHAR A., SLUITER G., *International Criminal Law, a Critical Introduction*, Oxford University Press, New York, 2008, p.276; SCHOMBURG, W., “The role of international criminal tribunals in promoting respect for fair trial rights”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Otoño de 2009, p.15, refiriéndose al rol de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda en esta cuestión: “They not only ensure the compliance with international human rights standards but also help develop international due process standards by applying their own interpretations of the ICCPR”. Opinión particular del Juez Pocar en el caso TPIY, Fiscal c. Mile Mrksic, Veselin Sljivancanin, Sala de Apelación, caso núm IT-95-13/1-A, sentencia de 5 de mayo de 2009, párr. 11: “I observe that the International Tribunal and the ICTR, established by the Security Council on behalf of the international community to deal with the most serious crimes, stand as an example of best practice for the prosecution of international crimes. (...) Accordingly, it is incumbent on the International Tribunal and the ICTR to apply the highest standard of human rights”.

importancia de garantizar los derechos de seguridad jurídica, calificando de “axiomática” la garantía del respeto de los derechos humanos por parte del Tribunal Internacional. Así, en palabras del Secretario General, Boutros Boutros Ghali, “el Tribunal Internacional, en todas las etapas de sus actuaciones, debe respetar plenamente las normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos del acusado”. Afirmar que “esas normas (...) son las que figuran en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶”.

Una parte de la doctrina, en gran medida por tratarse de órganos auspiciados por la ONU, tiende a vincular el reconocimiento del derecho al debido proceso en el derecho internacional a la propia creación de los Tribunales Internacionales¹⁷. No obstante, fuera del ámbito prescriptivo, algunos autores son muy críticos con el nivel de respeto efectivo de estos derechos por parte de los órganos judiciales internacionales¹⁸. Algunos sectores subrayan que el mayor desafío radica en encontrar un equilibrio entre los derechos y garantías de los acusados por un lado, y los derechos de las víctimas por otro, refiriéndose a este dilema gráficamente como “el balancín infinito¹⁹”.

Sin dejar de reconocer los pasos de gigante que se han dado en este campo en el último siglo, el contenido de esa protección está aún lejos de ser universalmente definida.

En la actualidad, la regulación de los derechos del acusado en los Estatutos de los distintos Tribunales reproduce esencialmente el contenido del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰, reconocido y aplicado como

¹⁶ Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Un Doc. S/25704, párr. 106.

¹⁷ QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.106.

¹⁸ SCHABAS, W., *The UN International Tribunals...op cit.*, p. 503: “Yet in many respects the tribunals have been far from exemplary with regard to the rights of the accused”, en referencia a la autorización del testimonio anónimo en este ámbito.

¹⁹ CHENIVESSE P, PIRANIO C.J., “What price justice? On the evolving notion of ‘Right to a fair trial’ from Nuremberg to the Hague”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 24, núm. 3, 2011, pp. 403-423.

²⁰ En el caso de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, los derechos del acusado se encuentran regulados en un solo artículo (21 y 20 respectivamente) aunque se completan con otros como el 10 y 9 respectivamente que regula el non bis in idem o los artículos 24 y 25 respectivamente sobre el derecho de apelación, sin perjuicio del desarrollo que de los mismos se lleva a cabo en las Reglas de Procedimiento y Prueba; en el caso del Estatuto de Roma estos derechos están diseminados en varios artículos (63, 66 y

derecho internacional general, que viene a desarrollar los estándares establecidos en instrumentos aprobados con anterioridad como las Convenciones de Ginebra (artículo 3.2.d) o la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en el artículo 11.

Sin embargo, la formulación de estos derechos requiere de unos criterios interpretativos que permitan dotarlos de un contenido inequívoco.

Con todo, a la luz de la evolución de la jurisprudencia internacional y sin perjuicio de algunas tendencias marginales que niegan la penetración de la jurisprudencia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos en estos tribunales²¹, es necesario destacar aquí la importancia de este reconocimiento mutuo en la construcción

67); Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 17); Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (art. 16); Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (art. 21, 81 y 84).

²¹ DELMAS MARTY, M., *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool in The Oxford Companion to International Criminal Justice*, CASSESE, A., Ed., Oxford University Press, New York, 2009, p.102: “Nevertheless, up until now, international criminal judges do not seem to consider themselves bound by these instruments, precisely because of the specificity of international criminal justice, which concerns, or is supposed to concern, states through their representatives”. En la jurisprudencia internacional, el carácter meramente asistencial que se le reconoce a los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos ha sido puesto de manifiesto en repetidas ocasiones: TPIR, Fiscal c. Jean-Bosco Barayagwiza, Sala de Apelación, caso núm. ICTR 97-19-AR72, Sentencia de 3 de noviembre de 1999, párr. 40: “The ICCPR is part of general international law and is applied on that basis. Regional human rights treaties, such as the European Convention on Human Rights and the American Convention on Human Rights and the jurisprudence developed thereunder are persuasive authority which may be of assistance in applying and interpreting the Tribunal’s applicable law. Thus, they are not binding on their own accord on the Tribunal”. TPIY, Fiscal c. Dusko Tadic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT 94-I-T, Auto que resuelve la solicitud de la Fiscalía solicitando medidas de protección para los testigos y las víctimas de 10 de agosto de 1995, párr. 27: “As such, the interpretation given by other judicial bodies to Article 14 of the ICCPR and Article 6 of the ECHR is only of limited relevance in applying the provisions of the Statute and Rules of the International Tribunal, as these bodies interpret their provisions in the context of their legal framework, which do not contain the same considerations. In interpreting the provisions which are applicable to the International Tribunal and determining where the balance lies between the accused’s right to a fair trial and public trial and the protection of victims and witnesses, the Judges of the International Tribunal must do so within the context of its own unique legal framework”. TPIY, Fiscal c. Vujadin Popovic, Ljubisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero, Vinko Pandurevic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-05-88-T, Sentencia de 10 de junio de 2010. En el párrafo 62, el Tribunal de Apelación se remite a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para apoyar su afirmación de que la admisión de declaraciones testificales por escrito que no hayan podido ser examinadas no es incompatible el artículo 21(4) e del Estatuto, que entre los derechos del acusado recoge el derecho a examinar a todos los testigos. No obstante, se resalta en esta sentencia que el Tribunal de Apelación coincide con la jurisprudencia del TEDH en la inamistad de una sentencia condenatoria basada en pruebas que no hayan podido ser examinadas por el acusado.

de un derecho internacional de los derechos humanos. En el ámbito que nos concierne, los derechos de seguridad jurídica, esta tendencia puede tener importantes efectos en la definición del alcance de los mismos y en la consolidación de su naturaleza jurídica²². Precisamente en consonancia con esta idea, se ha optado, para la exposición del marco jurídico recogido en los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos, por una clasificación basada en los criterios de interpretación de los derechos de seguridad jurídica en la jurisprudencia internacional, que divide a los mismos en dos grupos: a. Derechos de seguridad jurídica con interpretación y alcance común y b. Derechos de seguridad jurídica con variaciones en los niveles de protección. Ello sin perjuicio de que se añada al final el análisis de algunos derechos cuyo contenido no ha desarrollado la jurisprudencia internacional, lo cual servirá de introducción para el último apartado, encargado de abordar las deficiencias en la protección de los derechos humanos derivadas de la regulación de los Tribunales Internacionales.

Una vez definido el marco jurídico internacional de protección de las garantías procesales o derechos de seguridad jurídica, el **segundo capítulo** se concentra en la figura de la extradición, como alternativa al enjuiciamiento en la cláusula objeto de estudio. Se aborda aquí el concepto y evolución de esta figura, así como los derechos que, como consecuencia de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, se han convertido en características definitorias de esta institución. Por último, se estudian en este capítulo otras formas especiales de extradición como la entrega a un tribunal internacional o la Euro-orden, cuya solidez, eficacia y naturaleza garante de los derechos humanos, la convierte en un modelo a tener en cuenta a la hora de configurar la referida obligación. En el **tercer capítulo** se analizan los riesgos derivados de exposición a procesos de extradición no oficiales. Se recorren aquí las distintas modalidades que adoptan las violaciones de derechos humanos en el marco de pseudo-extradiciones como los secuestros, las extradiciones encubiertas e incluso los asesinatos selectivos. El ejercicio descriptivo se ve completado con un estudio jurisprudencial que refleja la evolución del principio “*mala captus, bene detentus*” tanto en los tribunales

²² Zappala defiende, en el contexto de la construcción del proceso en los Tribunales Internacionales, un enfoque del proceso basado en principios garantes de los derechos humanos frente a una elección entre el modelo adversario o inquisitorial. ZAPPALA, S., “The problem of procedural models: the need for a principles approach to procedure, designed to enhance respect for Human Rights” en *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford University Press, New York, 2003, p.247

domésticos como en los internacionales y en el TEDH. El último capítulo de esta primera parte aborda la justificación del estudio de la cláusula procesal desde un punto de vista completamente distinto. En efecto, el **capítulo cuarto**, se enfrenta a la segunda gran laguna que se pretende colmar a través de la definición de la naturaleza jurídica de esta cláusula: la impunidad en el ámbito de las más graves violaciones de derechos humanos. Así, este capítulo se dedica a estudiar algunas de las amenazas al efectivo ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los tribunales competentes para ello. En efecto, se aborda aquí también la compleja cuestión de la justicia transicional y la capacidad de los mecanismos extrajudiciales para cumplir con la obligación de extraditar o juzgar.

El **capítulo quinto**, aunque pertenece a la segunda parte, puede definirse como un capítulo intermedio, en tanto que separa el fundamento de la obligación de un lado, y el análisis de su naturaleza jurídica, de otro. Se trata de un capítulo que describe de manera exhaustiva el tipo penal respecto del cual se abordará la cuestión de la naturaleza jurídica de la cláusula. Así, tomando la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente principal, se describen los elementos consustanciales al tipo, para después abordar todas y cada una de las subcategorías que la componen.

En el **capítulo sexto** se abordan las relaciones entre la cláusula alternativa y la jurisdicción complementaria de la CPI.

La creación de la Corte Penal Internacional (CPI) en 1998 supuso la materialización de una idea en la que la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas venía trabajando desde el final de la Segunda Guerra Mundial²³. Este Tribunal, cuya naturaleza permanente lo distingue de los tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, surgidos para dar respuesta a las atrocidades cometidas en dos contextos temporales y espaciales concretos, nació como un órgano judicial potencialmente capaz de responder a las violaciones perpetradas en cualquier lugar del mundo. Según el artículo 5 del Estatuto de Roma, que regula su organización y funcionamiento, la CPI goza de competencia para conocer de las más graves violaciones

²³ La Comisión abordó el estudio de esta cuestión por primera vez en 1949, a petición de la Asamblea General de Naciones Unidas. Véase Resolución de la Asamblea General 260 B (III), 78 UNTS de 9 de diciembre de 1948: “(...) Invita a la Comisión de Derecho Internacional a examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales”. Disponible aquí, consultado el 1/11/2013.

de derechos humanos: el genocidio, el crimen de lesa humanidad, el crimen de guerra y el crimen de agresión²⁴.

Sin embargo, esta competencia está regida por el principio de complementariedad, lo cual significa que el Estatuto ni “confiere competencia exclusiva a la Corte sobre los crímenes antes mencionados, ni sustituye a las jurisdicciones penales nacionales en sus ámbitos respectivos de competencia²⁵”. El carácter subsidiario o residual de la competencia de este órgano jurisdiccional sumado a la gravedad de las violaciones de derechos humanos en cuestión constituyen argumentos de peso que justifican la urgencia de encontrar herramientas jurídicas que complementen eficazmente la jurisdicción de este Tribunal, garantizando, en última instancia, la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de estos crímenes²⁶.

Quince años después de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional y casi setenta años después de la creación de la Corte Internacional de Justicia, el análisis del rol que siguen teniendo los tribunales nacionales en la aplicación del derecho internacional nos lleva a coincidir con autores que, como Nollkaemper, defienden que el papel dominante de los tribunales nacionales en la protección del derecho internacional no es una solución a las deficiencias transitorias del orden legal internacional²⁷. El enfoque de la presente tesis se apoya, por consiguiente, no solo en la teoría del *dédoublement fonctionnelle* de Scelle que sostiene que en el ámbito del ordenamiento jurídico nacional, los tribunales actúan como agentes del orden legal

²⁴ Para un exhaustivo análisis de las negociaciones sobre el alcance de la jurisdicción de la CPI que tuvieron lugar en la Conferencia de Roma, véase KAUL, P., y KRESS, K., “Jurisdiction and Co-operation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises,” en *YIHL*, vol. 2, 1999, pp. 143-175.

²⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L.I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición Revisada, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 869.

²⁶ GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y Jurisdicción Universal de los Tribunales Nacionales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 27, núm. 82 (2006), p. 38: “Para evitar que dicho principio de complementariedad, que atribuye prioridad a las jurisdicciones nacionales sobre la Corte Penal Internacional, sea utilizado en fraude de la ley para conseguir la impunidad, el propio Estatuto lo exceptúa cuando el Estado que tiene jurisdicción no está dispuesto a ejercerla o no puede hacerlo”.

²⁷ NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 8-9: “Domestic judicial powers are a relatively acceptable way of creating “world under law”, without creating inter- or supranational institutions that states would find to restrict their sovereignty unduly”.

internacional, al servicio del derecho internacional²⁸, sino en las conclusiones presentadas por aquellos estudios que, tras analizar el volumen y alcance de la jurisprudencia nacional sobre cuestiones de derecho internacional, concluyen que la influencia de los tribunales nacionales sobre la configuración y protección del derecho internacional supera con creces al de los tribunales internacionales²⁹.

Esta constatación representa el punto de partida de la segunda parte de la presente tesis, que en última instancia persigue arrojar luz sobre los criterios de atribución de la jurisdicción en relación a las más graves violaciones de derecho internacional. Reconociendo el papel preponderante que ostentan los tribunales nacionales en la aplicación y consolidación del derecho internacional, y entendiendo que este esquema es trasladable al ámbito del derecho penal internacional, esta investigación busca allanar el terreno a las sentencias de los tribunales nacionales, contribuyendo a superar el que sigue siendo su obstáculo principal: la indefinición o falta de consenso en torno a la configuración y naturaleza de los criterios jurisdiccionales aplicables en los casos de los más graves crímenes internacionales³⁰.

Bajo el título, “El principio como obligación convencional”, el **capítulo séptimo** tiene como objetivo averiguar si es posible afirmar la naturaleza convencional de la obligación de extraditar o juzgar respecto al crimen de lesa humanidad. Partiendo de la constatación de la inexistencia de un Convenio internacional de prevención y sanción de este delito, se lleva a cabo aquí un examen de los distintos instrumentos internacionales y regionales que, habiendo incorporado al contenido material la totalidad o una parte del

²⁸ SCELLE, G., “Règles générales du droit de la paix”, *RdC*, núm 46, 1993, p. 331, p. 356, citado en NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule...op cit*.

²⁹ MÜLLERSON, R., *Ordering Anarchy. International Law in International Society*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2000, p. 171.

³⁰ La idea es buscar alternativas jurídicas al cuasi-voluntario y en decadencia principio de jurisdicción universal, cuyo fracaso, a la luz de los logros obtenidos tras más 50 años de existencia en funcionamiento (ha conseguido que, desde 1961, se dicten en aplicación del mismo un total de 32 sentencias). LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes”, *AJIL*, Vol. 105:1, 2011, pp. 1-49). Véase LANGLAND, E., “A Decade of Descent: The Ever-Shrinking Scope and Application of Universal Jurisdiction”, *INT’L L. NEWS* (ABA Section of Int’L.), Summer 2010. Ante la fuerte influencia que ejerce el poder ejecutivo en la aplicación del principio de jurisdicción universal por parte del poder judicial, este autor propone aceptar de manera pragmática el importante rol que juega la política en esta cuestión y convertir este tema en un tema candente durante el año de las elecciones legislativas obligando a los partidos a pronunciarse sobre la postura que mantienen en relación al mismo. Las relaciones entre el principio de jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar serán objeto de estudio en el capítulo VI.

crimen de lesa humanidad, incluyen la obligación de extraditar o juzgar. Por último, se estudiará aquí la innovadora y necesaria propuesta de Convenio para la prevención de los crímenes de lesa humanidad, realizada por el Whitney R. Harris World Law Institute de la Universidad de Washington y el efecto que su adopción, en tanto que incorpora el *aut dedere aut judicare*, puede tener sobre la referida obligación alternativa.

Por último, el **capítulo octavo** tiene como finalidad determinar, a partir del análisis de las fuentes de la costumbre internacional, si es posible afirmar la naturaleza consuetudinaria de esta cláusula procesal con respecto al crimen de los crímenes. En efecto, este capítulo representa la culminación del proyecto investigador de esta tesis y viene a responder a la pregunta hacia la que se han dirigido todos los esfuerzos contenidos en los capítulos anteriores: ¿estamos ante una obligación consuetudinaria?

Para responder a esta pregunta, se analizaron extensamente las siguientes fuentes: jurisprudencia doméstica, manifestaciones de los Estados, ratificación de tratados, legislación interna, resoluciones de los órganos internacionales, pronunciamientos de los tribunales internacionales y legislación procesal y penal doméstica mundial. Las bases de datos utilizadas para ello fueron principalmente tres: el ICC Legal Tools Database, Refworld y la base de datos de derecho internacional humanitario consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja.

A lo largo de todo el trabajo de investigación se ha hecho uso de la metodología clásica en el análisis del derecho: la dogmática jurídica. Para su puesta en práctica, se ha tenido acceso a la bibliografía citada a través de varias bibliotecas. Entre ellas, la Biblioteca María Moliner de la Universidad Carlos III de Madrid, su Servicio de préstamo interbibliotecario y su Centro de Documentación Europea y la biblioteca de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. En los estadios iniciales de la investigación también se acudió a la biblioteca del Palacio de la Paz en la Haya y a la biblioteca jurídica del Tribunal Especial para el Líbano. Para la consulta de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y regionales se acudió a las páginas webs oficiales de los mismos. Para la consulta de resoluciones de organismos internacionales se acudió a sus bases de datos online. Para la jurisprudencia española se utilizó la base de datos Aranzadi Westlaw. La consulta bibliográfica de artículos se realizó fundamentalmente a través de las bases de dato Heinonline, Lexis Nexis y Dialnet.

Abordé por primera vez la obligación de extraditar o juzgar con motivo de la tesina del Máster de Estudios Avanzados en Derechos Humanos. En ese momento, el silencio de España ante las preguntas de la CDI acerca de la postura de este país en el tema de la naturaleza jurídica de la obligación, me movió a investigar esta cuestión y a escribir sobre ello mi tesina, que posteriormente sería publicada por la Editorial Académica Española. En este trabajo, mediante el análisis de la legislación, jurisprudencia, declaraciones y ratificaciones de tratados, me aventuré a dar una respuesta en nombre de España. Los resultados obtenidos fueron también presentados en el 2ème Symposium des Jeunes Pénales de l’AIDP sobre la Justicia Transicional, celebrado en la Rochelle entre el 29 de septiembre y el 2 de octubre de 2011. A pesar de estos importantes contactos preliminares con el tema, el presente trabajo de investigación comienza a gestarse como tal a finales de 2010 cuando, tras comenzar una prácticas jurídicas en la Fiscalía del Tribunal Especial para Líbano e influida por la atrocidad de los atentados que en 2003 acabaron con la vida del Primer Ministro Hariri y 22 personas más, propongo a mis directores de tesis el análisis de la obligación de extraditar o juzgar en relación al delito del terrorismo internacional, idea que abandoné tras algunas conversaciones con mis directores y con el profesor Héctor Olásolo, que me aconsejó enfocar el análisis de la cláusula como herramienta posibilitadora del principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional. Tras finalizar las prácticas con una beca de la Unión Europea, realicé un curso de dos semanas en el Instituto Internacional de Altos Estudios en Derecho Penal (ISISC) en Siracusa sobre las relaciones entre derecho internacional y derecho islámico. En el verano de 2011 realicé unas prácticas en Londres, en el despacho de abogados especialistas en derecho penal internacional y extradición, “International Law Bureau”, bajo la supervisión de Gillian Higgins y Steve Kay, actual equipo de defensa de Uhuru Kenyatta ante la Corte Penal Internacional. En septiembre de 2011 obtuve la beca de la Residencia de Estudiantes para jóvenes investigadores, que me permitió convivir durante un año con 14 artistas e investigadores de todas las disciplinas. También durante este año obtuve una beca para la realización del LVIII Curso de Altos Estudios Internacionales impartido por la Sociedad de Estudios Internacionales. Durante este último período de la tesis doctoral, he podido enriquecer mi trabajo con las discusiones mantenidas con el Relator Especial para la obligación de extraditar o juzgar, Kriangsak Kittichai, que, además de hacerme valiosos comentarios, me ha facilitado numerosos documentos y doctrina sobre el tema. Además

del libro y comunicación al congreso citados, la producción científica durante la realización de la tesis doctoral se sintetiza en tres publicaciones: “La evolución de la obligación de extraditar o juzgar a través del caso Hissène Habré”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (artículo aceptado en 2013, pendiente de publicación); “Cornering torturers through international law. An Italian approach”, *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, núm. 44, mayo-agosto 2013, pp. 95-114; A hybrid strategy to prosecute the waging of war, *Spanish Yearbook of International Law*, XVII, 2011-2012, pp. 73-94, artículo con el que quedé finalista en la competición inaugural “Benjamin B. Ferencz” organizada por el Whitney Harris World Law Institute de la Universidad de Washington.

El respeto a los derechos humanos en la lucha contra la impunidad se erige a día de hoy como uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta la comunidad internacional. En efecto, los esfuerzos por proteger los fundamentos del Estado de Derecho se ven cada vez más amenazados por una creciente tendencia en el seno de la comunidad internacional de recurrir a métodos ilícitos para combatir determinados tipos de criminalidad. En este marco, mediante la investigación que aquí se presenta se ha pretendido evidenciar el gran potencial de la obligación de extraditar o juzgar para enfrentarse a estos retos, y hacerlo desde uno de los pilares básicos del Estado de derecho: el respeto a los derechos humanos

PRIMERA PARTE - FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN Y MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I - GARANTÍAS DERIVADAS DEL PROCESO JUDICIAL EN DERECHO INTERNACIONAL³¹

1. 1. Marco jurídico internacional de protección de las garantías procesales

Uno de los efectos principales de la imputación de un delito en el marco del proceso penal es la activación automática de las garantías procesales, cuyo efecto inmediato es el reconocimiento y protección de los derechos fundados en la seguridad jurídica³² del acusado. Entre los mismos, podemos hallar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho de defensa, el derecho a la libertad (con las matizaciones que se verán más adelante), el derecho a la seguridad, las garantías en caso de detención, el derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales, los derechos en el proceso

³¹ Para una aproximación estructurada y comprensiva a los derechos humanos y garantías procesales comprendidas en el derecho al debido proceso véase el capítulo VI del manual preparado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, Chapter VI: The right to a fair trial - From Investigation to Trial”, Oficina del Alto Comisionado de para los Derechos Humanos. Disponible aquí. Consultado el 21/10/2013.

³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, pp. 456 y ss. Sin obviar el debate doctrinal existente en torno a los criterios de clasificación de los derechos humanos, a los efectos de esta investigación se atenderá al criterio propuesto por el profesor Peces-Barba en base al contenido de los derechos. Así, en un esfuerzo de sistematización que facilita enormemente su estudio, los derechos humanos son divididos en personalísimos, de sociedad, comunicación y participación, derechos políticos y de seguridad jurídica, y derechos económicos, sociales y culturales. En el ámbito de este trabajo, se abordarán los derechos de seguridad jurídica en tanto que derechos cuyo pleno ejercicio puede verse “afectado directamente, como se verá más adelante por la obligación de extraditar o juzgar”. Para otras clasificaciones: CASSIN, R., “La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l’Homme”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1951-II, vol. 79, pp. 239-397; VEDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, pp.505; CARRILLO SALCEDO, J.A., (ed.) *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 1995, p. 39, entre otros. Quede anotado aquí que se opta por la utilización de la expresión “derechos de seguridad jurídica” para hacer referencia a todos los derechos que de alguna manera se pueden ver afectados por la inexistencia de un marco jurídico universal regulador del procedimiento penal y del proceso de extradición. Así, en algunos casos, estos derechos resultarán en un fortalecimiento de otros principios como el de libertad. Así, se usará a lo largo de este trabajo la expresión de los derechos de seguridad jurídica para expresar esta idea comprensiva de lo expuesto. Sobre el surgimiento de estos derechos a raíz de la imputación ver ARAGONESES MARTÍNEZ, S. “El sumario (IV). El procesamiento” en *Derecho Penal Procesal*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 424-425; La jurisprudencia constitucional española también se ha pronunciado en este sentido: “El juez de instrucción (...) está siempre obligado a determinar, dentro de la fase instructora (...) quién sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (...) La adquisición de la posición procesal de acusado determina el surgimiento del derecho de defensa que opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal (...)” STC 186/1990 de 15 de noviembre.

tales como la presunción de inocencia, el derecho a estar presente o verse representado en el mismo y, en su caso, los derechos del condenado.

Su pleno disfrute está a su vez condicionado al ejercicio de una serie de derechos instrumentales, como el derecho a la asistencia de un abogado, a la utilización de los medios de pruebas pertinentes o el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

Los referidos derechos, a pesar de resultar en un reforzamiento de la libertad, están fundados en el valor seguridad jurídica y consiguen, a través de las garantías procesales, producir la tranquilidad, la certeza y el saber a qué atenerse. Al asegurar al individuo frente a las leyes criminales, le permiten establecer límites a una de las funciones del poder del Estado, el *ius puniendi* o derecho a castigar³³. Y por supuesto, le permiten protegerse frente al abuso del poder por parte del Estado cuando éste actúa vulnerando las normas reguladoras del proceso judicial o de la extradición oficial³⁴.

La inclusión de estos derechos en la mayoría de los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos corrobora su carácter universal y responde a lo que algunos autores han denominado “la humanización del derecho

³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales...* op.cit., nota al pie **¡Error! Marcador no definido.**, p. 457. En este sentido, ya en el siglo XVIII, Beccaria defendía el principio de legalidad como límite al *ius puniendi* del Estado: “La Ley establecerá pues los indicios de delito que justifican la custodia del reo, la sujeción a interrogatorio y a una pena”. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 217. Para profundizar sobre la influencia del pensamiento de Beccaria en el derecho penal en sentido amplio, véase ZAFFARONI, E.R., “La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc/mes 2, 1989, pp. 521-552. Para hacerlo en el ámbito español véase, ARROYO ZAPATERO, L.A., “Cesare Beccaria y la moderna política criminal en España”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 10, pp. 7-16.

³⁴ Sobre la cuestión de los derechos como límites al poder véase ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000 y BARRANCO AVILÉS M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000. Conviene aclarar en esta parte inicial de la tesis que se utilizará a lo largo de este trabajo la expresión “extradición oficial” para enfatizar la naturaleza jurídica de este instituto y los derechos y garantías inherentes al mismo en contraposición a los distintos tipos de “extradiciones no oficiales”, como las entregas extraordinarias y las extradiciones encubiertas que se realizan en violación del derecho mediante el recurso a secuestros, detenciones ilegales y otras violaciones de los derechos del individuo. Esta cuestión será tratada en profundidad en el capítulo III de esta tesis.

internacional³⁵”. A lo largo de seis décadas, este proceso ha transformado el derecho internacional clásico, que ha pasado de considerar a los Estados como los sujetos únicos en el ordenamiento internacional a dar protagonismo al individuo como sujeto del mismo, en tanto que titular de una serie de derechos inherentes a todo ser humano que actúe frente a los poderes del Estado³⁶. En el marco del presente trabajo, es necesario señalar que esta evolución, como se verá a lo largo de este apartado, ha sido especialmente notable en el ámbito de la extradición y se evidencia a través de la tendencia hacia el reconocimiento del carácter ejercitable de los derechos en el proceso de la extradición por parte de la persona reclamada³⁷.

³⁵ Entre otros, cabe destacar aquí a Díaz Barrado que, en el marco del reconocimiento de este proceso de humanización del derecho internacional, ha desarrollado una interesante tesis que conecta este reconocimiento con el ejercicio del principio de jurisdicción universal como mecanismo “subsidiario” para garantizar el efectivo respeto de los derechos humanos ante el fracaso de los mecanismos internacionales de protección existentes. DÍAZ BARRADO, C.M., “La jurisdicción universal: el individuo, los derechos humanos y la institucionalización del orden internacional”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº2, 2008, pp. 7-8: “Nos hallamos en presencia, es verdad, de un proceso de humanización del Derecho Internacional que ha convertido a la protección de los derechos humanos en un componente fundamental y esencial dentro de su concepción sistemática (...). Quiero constatar, no obstante, que el fracaso en la consecución del objetivo de la protección de los derechos humanos a escala universal es patente, y que sólo en ámbitos muy reducidos como es el caso del europeo-occidental, existen las garantías mínimas para el respeto de ciertos derechos fundamentales. (...) En este marco, se sitúa, precisamente, la afirmación del principio de jurisdicción universal. Por un lado, se trata de cumplir con el objetivo de defensa, protección y promoción de los derechos humanos, ya que, como hemos dicho, la persecución de personas que atentan de manera grave contra los derechos humanos se ha de entender como expresión del principio fundamental del ordenamiento jurídico internacional concerniente a la protección de los derechos humanos. Pero, por otro lado, y esto es lo que pretendemos resaltar ahora, la jurisdicción universal se configura como un mecanismo específico para hacer efectivas determinadas normas en materia de derechos humanos ante la ausencia de otros mecanismos institucionales al efecto”. Se volverá más adelante a este trabajo por la relevancia que, de cara a la presente investigación, tiene el desarrollo teórico del principio de jurisdicción universal como “mecanismo todavía útil para la defensa de los derechos humanos y, en concreto, para perseguir y juzgar a quienes cometen violaciones graves de los mismos”. (p. 19).

³⁶ BASSIOUNI, C., *International Extradition. United States Law and practice*, Oxford University Press, New York, 2007, pp. 23; QUISPE REMÓN, F., “El reconocimiento del derecho al debido proceso en el derecho internacional y su relación con Estados Unidos: El caso Guantánamo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 23, Época II, junio 2010, pp. 245-278, p. 247.

Sobre el proceso de humanización del derecho internacional véase DONELLY J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, 2002; ALSTON P. y MÉGRET F., *The United Nations and Human Rights, a critical appraisal*, Oxford University Press, 2007; YOUNG, K., *The Law and Process of the UN Human Rights Committee*, Transnational Publishers, New York, 2002, citado en QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.111. Debe notarse que esta tendencia comenzaba a intuirse ya en algunos sectores de la doctrina hace más de 60 años. Así autores como Bourquin ya reconocía el creciente rol que el ser humano iba adquiriendo en lo que entonces se denominaba el derecho de gentes. BOURQUIN, M., *L’humanisation du droit des gens, La technique et les principes du Droit public-Études en l’honneur de Georges Scelle*, tomo I, Paris, LGDJ, 1950, pp.53-54.

³⁷ El profesor Antonio Cuerda Riezu se refiere a esta evolución de una manera muy gráfica: “La inicial relación bilateral o bidimensional entre los Estados se amplía a una relación triangular en la que queda incluida la persona reclamada, convirtiéndose en un extraño ménage à trois”. CUERDA RIEZU, A., “La

A la luz del marco jurídico existente y del contenido y alcance del que los órganos correspondientes dotan a los derechos humanos, el objetivo de este primer apartado es averiguar si, a pesar de las variaciones en los niveles de protección, se puede identificar una configuración mínima de los derechos de seguridad jurídica³⁸, piedra angular de la internacionalización del derecho al debido proceso³⁹. Para ello, tal y como se ha adelantado en la introducción, se recurrirá a una clasificación basada en los criterios de interpretación de los derechos de seguridad jurídica en la jurisprudencia internacional, que divide a los mismos en dos grupos: a. Derechos de seguridad jurídica con interpretación y alcance común y b. Derechos de seguridad jurídica con variaciones en los niveles de protección, sin perjuicio de la inclusión al final del análisis de algunos derechos no desarrollados por la jurisprudencia internacional, cuestión que se introducirá en el último apartado que aborda las deficiencias en la protección de los derechos humanos derivadas de la regulación de los Tribunales Internacionales.

extradición y la orden europea de detención y entrega”, *Revista CENIPEC*, núm. 25, 2006, pp. 41-60, p.45. En sentido contrario y evidenciando el alcance de esta evolución, es interesante recordar la argumentación del Tribunal Supremo de EEUU en el caso *Ker* que, junto al asunto *Frisbie*, se ha consolidado como el caso de referencia en la jurisprudencia americana en el ámbito de la extradición, a pesar del reconocimiento (incondicional y criticable) de la jurisdicción *in personam* recogido en el mismo. En esta sentencia, el Tribunal Supremo afirmó que cualquier denuncia del ejercicio de la jurisdicción derivada del secuestro tendría que ser realizada por el Estado que considere que se ha atentado contra su soberanía, en ningún caso por el acusado (*Ker v. Illinois*, 119 US 436).

³⁸ Se aboga por una interpretación teleológica de la regulación del derecho al debido proceso con el fin de salvar las variaciones que puedan darse en la configuración de estos derechos en los distintos instrumentos.

³⁹ De forma paralela y complementaria se examinará la naturaleza jurídica de la que gozan, en el ámbito internacional, los derechos a los que nos hemos venido refiriendo, tanto en el proceso judicial como en el proceso de extradición. En este sentido, cabe destacar la avanzada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya ha dado el paso sin precedentes de reconocer el derecho al debido proceso como norma de *ius cogens* en los casos *Goiburú* y *La Cantuta* y en la Opinión Consultiva 18. CIDH, Caso *Goiburú* y otros c. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131; CIDH, Caso *La Cantuta* c. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 160. Para una argumentación estructurada y clara sobre la justificación de la consideración del derecho al debido proceso como contenido dentro de las normas de *ius cogens* en tanto que parte del núcleo duro de los derechos humanos, véase QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 576-581.

1.1.1. Derechos de seguridad jurídica con interpretación y alcance común

1.1.1.1. Derecho a un juicio público

En su Observación General 32 sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, el Comité de Derechos Humanos⁴⁰ articuló el derecho a un juicio público en los siguientes términos:

“En principio, todos los juicios en los casos penales o casos conexos de carácter civil deberían llevarse a cabo oral y públicamente. La publicidad de las audiencias asegura transparencia de las actuaciones y constituye así una importante garantía que va en interés de la persona y de la sociedad en su conjunto. Los tribunales deben facilitar al público información acerca de la fecha y el lugar de la vista oral y disponer de medios adecuados para la asistencia de los miembros interesados del público, dentro de los límites razonables, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el posible interés público por el caso y la duración de la vista oral. El derecho a ser oído públicamente no se aplica necesariamente a todos los procedimientos de apelación, que pueden realizarse sobre la base de presentaciones escritas, ni a las decisiones anteriores al juicio que adopten los fiscales u otras autoridades públicas⁴¹”.

El respeto a este derecho no se ha visto amenazado en el marco de la justicia penal internacional en tanto que la publicidad es una característica casi definitoria de estos

⁴⁰ Órgano encargado de supervisar la aplicación y efectividad del PIDCP. El Pacto crea el mecanismo de informes a través del cual los Estados se comprometen a presentar informes al Comité de Derechos Humanos sobre las disposiciones adoptadas para cumplir con los derechos recogidos en el Pacto. Por otro lado, el Comité queda capacitado, a través del Primer Protocolo Facultativo, que entró en vigor en 1976 y ha sido ratificado por 114 Estados, para recibir y analizar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de derechos recogidos en el PIDCP. La efectividad de estos mecanismos de protección de los derechos reconocidos en el Pacto ha sido ampliamente debatido por la doctrina. Véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La protección internacional de los derechos humanos” en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 16ª ed., 2007, pp. 589 y ss; OCHOA RUIZ, N. *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Thomson Aranzadi, 2004; DIMITRIJEVIC, *State reports, International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in honour of Jacob Moller*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000. Entre las funciones del Comité también está la de interpretar las disposiciones del Pacto.

⁴¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, Documento NU: CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 28.

procesos. Cumple, así con la importante función de prevención general negativa, potenciada por la gravedad de los crímenes de los que conocen estos tribunales.

Si el inicio de la internacionalización de los derechos humanos pudiera situarse en un momento histórico concreto, éste sería, sin duda, la aprobación del tratado constitutivo de la Organización de Naciones Unidas: la Carta de las Naciones Unidas⁴².

Con anterioridad a la misma, la orientación eminentemente interestatal del derecho internacional clásico explica que el reconocimiento de los derechos de los individuos en este marco fuera muy limitado. El protagonismo de la persona en el derecho internacional tradicional se agotaba en la regulación de la posición jurídica de los extranjeros de acuerdo a un estándar mínimo de justicia. El respeto a este estándar se concebía, no como una forma de garantizar los derechos humanos del individuo, que no era titular de derechos subjetivos en el derecho internacional tradicional, sino como una obligación debida al Estado de la nacionalidad del extranjero en cuestión⁴³.

⁴²La doctrina internacionalista coincide en reconocerle al Tratado fundacional de las Naciones Unidas el papel de precursor en la internacionalización de los derechos humanos. En el ámbito nacional véase CARRILLO SALCEDO, J.A., ed. *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 24. En referencia a los artículos 13.1.b, 62.2 y 68 de la Carta afirma que “significaron una profunda innovación en el Derecho Internacional en la medida en que, a partir de ellas, el trato que un Estado dé a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, sean nacionales o extranjeros, estará regulado por principios y normas jurídicas internacionales”. Sin embargo, a este autor le parece exagerado afirmar que el individuo, tras la Carta, es sujeto del derecho internacional contemporáneo ya que “la situación normal sigue siendo la aplicación del derecho internacional a los individuos a través del cauce de los Estados”. p. 28. Véase en este mismo sentido GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, A.P., *Curso de Derecho Internacional Público*, cuarta edición, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 842; REMIRO BROTONS, A. et al., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 1185: “La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal fueron los instrumentos que sentaron las bases para esta evolución traducida en el proceso de humanización que hoy caracteriza al DI”. Consúltese también la obra de la Profesora Abellán Honrubia, que argumenta, a partir de la página 24 las siguientes afirmaciones: “La irrupción de los derechos humanos en el ámbito internacional, como elementos a considerar en las relaciones internacionales, tiene su origen en la Carta de las Naciones Unidas; y el inicio de su desarrollo progresivo a nivel internacional, tiene como base la Declaración Universal de Derechos Humanos”. ABELLÁN HONRUBIA, V., “Internacionalización de los derechos humanos y dimensión internacional de su violación” en *Estudios de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en Homenaje al Dr. Alejandro J. Rodríguez Carrión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2012. Recientemente, esta cuestión ha sido tratada con gran profundidad por Becerra Ramírez, en su tesis doctoral “Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano”. TU, Los tratados internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano, Autor: José de Jesús Becerra Ramírez, Director: Emilio Pajares Montolío, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, mayo 2009, pp. 40 y ss. En el ámbito, internacional, véase AAGE NORGAARD, C., *The position of the individual in international law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962; Opinión consultiva del TIJ de 11 de abril de 1949 en el asunto de reparación por daños sufridos al servicio de Naciones Unidas (la ONU tiene personalidad jurídica propia y puede, presentar una reclamación internacional).

⁴³ CARRILLO SALCEDO JA, ed. *Soberanía de los estados y derechos...*, op. cit, p.24.

Sin embargo, aunque la Carta representara el punto de inflexión, el primer documento de alcance universal en el que se enuncian y reconocen estos derechos es la **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH)**⁴⁴. A pesar de la ausencia de valor jurídico vinculante que la caracterizó en sus orígenes, en la actualidad su contenido es, en su mayoría, obligatorio de acuerdo con el derecho internacional⁴⁵. No obstante, su naturaleza jurídica, tal y como pone de manifiesto Oráa⁴⁶, ha sido objeto de debate desde su adopción. Así, la Declaración ha sido concebida por los distintos autores tanto, como interpretación auténtica de la Carta⁴⁷, como derecho internacional consuetudinario⁴⁸ y como expresión de principios generales del derecho.

⁴⁴ En palabras de la profesora Florabel Quispe, la Declaración “constituye la partida de nacimiento de los Derechos Humanos”, QUISPE, F., *El debido proceso en el derecho internacional...op cit.*, p.115. En 1948, los arquitectos de este instrumento albergaban la esperanza de que un reconocimiento articulado de los derechos humanos inspiraría la aprobación de nuevas leyes postivadoras de los derechos humanos a lo largo del planeta. Véase el emotivo discurso que, en este momento histórico, pronunció Eleanor Roosevelt. GLENDON, M., “A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights”, New York, Random House, 2001.

⁴⁵ Sobre la evolución de la naturaleza jurídica de la Declaración en el ámbito del derecho internacional véase CARRILLO SALCEDO, JA., *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de derechos humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta; 1999, pp. 85 y ss; VON BERNSTORFF, J., “The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law”, *EJIL*, Vol. 19, núm. 5, pp. 904-925; SCHWELB, E., *Human Rights and the International Community. The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948–1963*, Ed. Chicago, Quadrangle Books, 1964, p. 75.

⁴⁶ ORAA, ORAA, J., “En torno al valor jurídico de la Declaración universal”, *La Declaración universal de derechos humanos en su cincuenta aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp., 178-201.

⁴⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la DUDH”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1677.

⁴⁸ FERNANDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas, 2013, p. 191: “En nuestra opinión, el contenido de la declaración forma parte o refleja en gran parte el derecho internacional consuetudinario. Desde su proclamación en 1948 se configura una opinión iuris en los Estados respecto a la existencia en el Derecho internacional de principios jurídicos relativos a los derechos humanos y las obligaciones del Estado, por lo que se refiere a casi todos los derechos contenidos por la declaración; de otro lado la práctica estatal subsiguiente, fundamentalmente por la existencia de normas internas y de convenios internacionales o por la frecuente invocación de la Declaración, en la práctica internacional harán que el contenido de la declaración en gran parte pueda considerarse que forma parte en la actualidad del Derecho internacional consuetudinario”. Véase también PINESCHI, L., “La dichiarazione universale dei diritti umani”, *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè editore, 2004, pp. 67 y ss; KDHIR, “Quelques réflexions sur la nature juridique de la DUDH de 10-XII-48”, *RDIDC*, 1999, pp. 332 y ss; CASTRO-RIAL GARRONE, F., “La Declaración universal como elemento básico del orden internacional”, *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 77-99, p. 80; VILLÁN DURÁN, C., “La declaración universal de derechos humanos en la práctica de Naciones Unidas”, *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración universal*, BLANC

La DUDH⁴⁹ reconoce, en su artículo 10 el derecho de toda persona y en condiciones de igualdad, a “a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Hasta la aprobación del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**⁵⁰, estos derechos, enunciados en la Declaración en un sentido muy amplio, no fueron dotados de un contenido concreto⁵¹.

Los referidos derechos de seguridad jurídica se desarrollan y se definen en el presente Pacto en los artículos 9 y 14. En concreto, el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, se recoge en el artículo 14 del Pacto.

Más allá del ámbito estrictamente internacional, la proliferación de sistemas regionales de protección de derechos humanos, que comenzó a mediados del siglo XX y que ha

ALTEMIR, A., (Coord.), Universitat de Lleida, Tecnos, pp. 51-61, p. 57. MÁRQUEZ CARRASCO, C., *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la DUDH*, Instituto de Derechos humanos, Universidad de Deusto, 2008, p. 128 (citados en FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...op. cit.*).

⁴⁹ Este instrumento positivizó una tendencia hacia el reconocimiento de ciertas pretensiones legítimas del ser humano que venía poco a poco construyéndose desde el siglo XVIII. “(N)or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...” (Amendment V of The Bill of Rights of the United States Constitution, 1791); “El espía cogido *in fraganti* no podrá ser castigado sin juicio previo”. (Art. 30 de la Convención II de la Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anexo); La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948, art. xviii: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”. Art. xxvi: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

⁵⁰ Aprobada en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de Naciones Unidas por la Resolución 2200 A (XXI) junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y entrando en vigor en 1976. Los Protocolos Facultativos a ambos Pactos fueron aprobados en 1989.

⁵¹ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., La protección internacional de los derechos humanos (I) en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, XIV edición, Tecnos, 2003, pp. 589; RUILOBA ALVARIÑO, J., *Los pactos internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966 en Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (coord. por FERNÁNDEZ DE CASEDEVANTE ROMANÍ), Ed. Dilex, 2007, pp. 119 y ss. Quede aquí anotada la utilización de la expresión “Carta Internacional de los Derechos Humanos” por parte de la doctrina para referirse al conjunto de instrumentos formado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Protocolos Facultativos al primero de los Pactos.

experimentado en los últimos tiempos un auge notable, no está exenta de controversia. En esta cuestión, las opiniones doctrinales van desde la defensa de la regionalización de la protección de las garantías procesales, como mecanismo para dotar a las mismas de un contenido y alcance común universal que mejora su efectividad⁵², hasta la calificación de este fenómeno como polarizador y disgregador de unos derechos que deben caracterizarse por su universalidad⁵³.

En efecto, a nivel regional, el derecho a un juicio público se reconoce en varios instrumentos de protección de los derechos humanos. Partiendo de Europa, el **Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)**⁵⁴ puede presumir de ser el primer tratado jurídicamente vinculante de derechos humanos⁵⁵.

El apartado 1 del artículo 6 bajo el título de “Derecho a un proceso equitativo”, establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial (...)”, formulado en términos muy ambiguos, ha ido definiéndose por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁵⁶ como respuesta a las voces críticas de la doctrina que han denunciado el riesgo de inseguridad jurídica que acarrea la indeterminación en este ámbito⁵⁷.

⁵² SARKIN, J., “The Role of Regional Systems in Enforcing State Human Rights Compliance on Human and People’s Rights and the New African Court of Justice and Human Rights with Comparative Lessons from the Council of Europe and the Organization of American States”, *Inter-american and European Human Rights Journal*, núm. 199, 2008, pp. 209 y ss.

⁵³ ROBBINS, M., “Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement”, *California Western International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, 2005, pp. 275-302.

⁵⁴ Aprobado el 4 de noviembre de 1950, elaborado por el Consejo de Europa. En vigor el 3 de septiembre de 1953.

⁵⁵ QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. op. cit., p.137.

⁵⁶ Consúltense los siguientes pronunciamientos del Tribunal: TEDH, Asunto Neumeister contra Austria, sentencia del 27 de junio de 1968 solicitud núm. 1936/63; TEDH, Asunto Ringeisen contra Austria, sentencia del 16 julio de 1971, solicitud núm. 2614/65; TEDH, Asunto Pafitis y otros contra Grecia, sentencia del 26 de febrero de 1998, solicitud núm. 20323/92; TEDH, Asunto Di Mauro contra Italia de 28 de julio de 1999, solicitud núm. 34256/96; TEDH, Asunto Zielinski, Pradal, González y otros contra Francia, sentencia de 28 de octubre de 1999, solicitudes núm. 24846/94, 34165/96, 34166/96, 34167/96, 34168/96, 34169/96, 34170/96, 34171/96, 34172/96, 34173/96; TEDH, Asunto Ruiz Mateos contra España, sentencia de 23 de junio de 1993, solicitud núm. 12952/87 o TEDH, Asunto Díaz Aparicio contra España, sentencia de 11 de enero 2002, solicitud núm. 49468/99.

⁵⁷ SALADO OSUNA, A., *El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio, en la Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. El modo de designación y la duración del mandato de los miembros, las garantías contra presiones exteriores y la apariencia de independencia son los tres

A los efectos de esta investigación, resulta particularmente llamativo el interés que, entre la doctrina, comienza a despertar la delimitación del marco jurídico de aplicación para garantizar el respeto a los derechos de seguridad jurídica en los procesos de extradición o entrega en aplicación del CEDH⁵⁸.

La eficacia de las disposiciones recogidas en el Convenio se ampara en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya función principal es velar por el respeto de los derechos humanos en los Estados miembros a través de la interpretación y aplicación del contenido del Convenio⁵⁹. A este fin, toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado parte, goza de legitimidad para, respetando los requisitos procedimentales, denunciar la violación de estos derechos ante el Tribunal de Estrasburgo. Las sentencias de este Tribunal cuentan con el respaldo del Comité de

criterios utilizados por el TEDH para determinar la independencia de un tribunal (véase caso Campbell y Fell contra Reino Unido o caso Langborger contra Suecia, 1989). A la imparcialidad por su parte, se le reconocen dos vertientes: la subjetiva, que se refiere al pensamiento interno del juez en cada ocasión y que se presume y la objetiva, que se refiere a la existencia de hechos comprobables que permitan cuestionar la imparcialidad del juez (véase Case Morris contra Reino Unido, sentencia del 26 de febrero de 2002; caso Pabla KY contra Finlandia, sentencia del 26 de junio de 2004).

⁵⁸ MATHISEN, G., “On the fairness of proceedings for extradition or surrender”, *European Human Rights Law Review*, Sweet & Maxwell and its Contributors, núm.5, 2010, pp. 486-495. En este artículo, el autor justifica la postura del Comité y del Tribunal de Derechos Humanos que rechaza la aplicabilidad del artículo 14.1 del PIDCP y del artículo 6.1. CEDH a los procesos de extradición. El Tribunal, por otro lado, reconoce la aplicabilidad del artículo 6.2, garantizador del respeto a la presunción de inocencia en el ámbito de la extradición. No obstante, resalta también que el Comité ha realizado un intento, desafortunado según el autor, de aplicar la protección recogida en estos artículos a través del reconocimiento de la aplicabilidad del artículo 13 del PIDCP relativo al derecho de los extranjeros a no ser expulsado sino en virtud de una decisión adoptada de acuerdo con la ley, a los procesos de extradición. Concluye con la defensa de los artículos 5 del Convenio Europeo y 9 del PIDCP como marco jurídico de protección de las personas sometidas a procesos de extradición.

⁵⁹ La cuestión de los efectos y la ejecución de las sentencias del TEDH ha sido ampliamente tratada por la doctrina y excede el ámbito del presente trabajo. Una parte de la doctrina se ha limitado a constatar el fracaso, en términos de efectividad, de las sentencias de estos tribunales. Véase DONOHO, D., “Human Rights Enforcement in the Twenty-First Century”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 35, 2006. Sin embargo, quede anotado aquí que a pesar de la existencia de un amplio debate acerca de la eficacia de las decisiones de los tribunales de derechos humanos en los distintos sistemas de protección regionales, los autores suelen coincidir en considerar el sistema europeo como el sistema regional de protección con mayor índice de eficacia. BUERGENTAL y SHELTON, *Protecting Human Rights in the Americas* (Kehl am Rhein, Engel Verlag 1996), p. 36, citado en SHELTON, D., “The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, núm 13, 2003, p. 152; CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

Ministros, órgano político encargado de velar por la ejecución de las sentencias definitivas⁶⁰.

La coherencia en la jurisprudencia de este Tribunal, que ha condenado sistemáticamente la vulneración de los derechos de seguridad jurídica, ha ido poco a poco delimitando el contenido de los mismos. Evidentemente, el trabajo del Tribunal no ha cristalizado en una uniformidad absoluta en el contenido y alcance de los derechos entre los Estados parte, pero sí ha conseguido establecer límites al margen de discrecionalidad de los Estados. Desgraciadamente, esto no ha evitado, como se analizará en el apartado 1.3 de este Capítulo, que algunos de los países partes de este Convenio hayan normalizado su inobservancia, hasta el punto de incorporar prácticas vulneradoras de derechos de seguridad jurídica a la legislación nacional⁶¹.

Sin dejar de reconocer la primacía del Convenio y de su aplicación a través del TEDH como conformador del mecanismo europeo más importante y efectivo de protección de los derechos humanos, es necesario destacar la existencia de otras iniciativas e instrumentos de defensa de los derechos humanos que han surgido en este contexto regional, movidos por la voluntad de consolidar, unificar y homogeneizar el contenido y respeto de los derechos fundamentales en los Estados parte, como primer paso necesario hacia su universalización. Entre ellas, la Carta de París para la Nueva Europa⁶² de la

⁶⁰ Artículo 46 CEDH.

⁶¹ En este sentido, el TEDH ha dictaminado que algunas de las medidas legislativas adoptadas por el Reino Unido para luchar contra el terrorismo violan los derechos recogidos en este instrumento (caso de la prisión de Belmarsh y caso de las control orders). En el caso de España, la mera existencia y funcionamiento de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIEs), a pesar de no haber sido expresamente condenada por el Tribunal constituye una de las más flagrantes violaciones de derechos de libertad y de seguridad a manos de un Estado. Las recientemente anunciadas reformas en este ámbito, se concentran principalmente, según este artículo, en priorizar la entrada de inmigrantes con antecedentes penales en estos centros. Resulta sorprendente que se anuncie como un éxito la aprobación de una medida que introduce el criterio de los antecedentes penales como una mejoría jurídica de una situación que es, en sí misma, ilegal. CARRANCO, R., “Interior priorizará el ingreso en los CIE de personas con antecedentes”, *El País*, 1 de mayo de 2012. Disponible aquí. Consultado el 29/10/2013.

⁶² Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, Carta de París para una Nueva Europa, 21 de noviembre de 1990. Disponible aquí. Consultado el 21/10/2013. A pesar de haber sido aprobada casi 50 años más tarde, a nivel de protección de derechos fundamentales, la Carta de París adoptada por la OSCE en 1991 no supuso una ampliación de la cobertura de los derechos humanos con respecto a la protección otorgada por el CEDH, en tanto que su objetivo era otro, concretamente, alcanzar un compromiso de mínimos en materia de derecho humanos en el contexto del final de la Guerra Fría. La primera fase de la OSCE, que se remonta a 1975 con la adopción del Acta Final de Helsinki, se extiende hasta la disolución del Pacto de Varsovia en 1991. Durante este período, la OSCE se erige como un foro de diálogo entre

OSCE, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶³ y la Convención de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes⁶⁴ (CEI).

Gobiernos. La Carta de París vino a poner fin a esta primera fase y por ende, a la división ideológica en materia de derechos de la Guerra Fría y logró marcar, según algunos autores, el principio de la institucionalización de la OSCE, que durante la fase anterior se limitó a ser el medio a través del cual se mantuvo un canal de comunicación abierto entre los dos bloques (BRETT, R., “Human Rights and the OSCE”, *Human Rights Quarterly*, vol. 18, núm. 3, 1996, p. 670. En el marco de esta Conferencia de Seguridad Europea, la Unión Soviética tenía como objetivo principal el reconocimiento de la división europea y de sus nuevas fronteras, mientras que los países occidentales veían esta Conferencia como el vehículo a través del cual presionar a la Unión Soviética en cuestiones de derechos humanos. De todo lo anterior se deduce que esta Carta, en la que figuran como firmantes todos los Estados europeos, Canadá y Estados Unidos, fue aprobada por un órgano político, la OSCE. Su naturaleza de foro político sigue siendo ampliamente confirmada por la doctrina más especializada. Véase por ejemplo, RUBIO PLO, A., “La OSCE: diálogo, cooperación y falta de voluntad política”, Real Instituto Elcano, ARI N° 128/2006, de 19 de diciembre de 2006). En este sentido, la valoración a hacer de la aportación de la Carta de París a la protección de los derechos fundamentales en Europa debe realizarse desde una perspectiva menos jurídica que incluyera entre sus criterios la Realpolitik, con el fin de poder analizar la contribución real de la misma al acercamiento de posiciones en el ámbito de los derechos humanos entre los, hasta ese momento, bloques que formaban la Guerra fría. La potencialidad de este foro como herramienta para contribuir a consolidar un estándar mínimo de derechos humanos en Europa no debe ser menospreciado en tanto que, tal y como señala Fuentes Monzonís-Villalonga, Jefe de la Misión OSCE en Croacia, “la OSCE, con sus 55 países participantes (el doble que la UE o la OTAN) sigue siendo el único foro europeo que se extiende desde Vancouver a Vladivostok”, FUENTES MONZONÍS-VILLALONGA, J., “Una OSCE para el siglo XXI”, Real Instituto Elcano, ARI N° 123-2005, 6 de octubre de 2005. No obstante, se puede hacer referencia a aspectos concretos de la configuración de los derechos de seguridad jurídica en este instrumento. Cabe destacar que, bajo la rúbrica “Derechos Humanos, Democracia e Imperio de la Ley”, esta Carta afirma expresamente que “nadie será objeto de arresto o detención arbitraria ni será sometido a tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes” reconociéndose también el derecho a un juicio “público y justo” en caso de ser acusado de la comisión de un delito.

También se garantiza el “recurso efectivo a remedios nacionales o internacionales frente a cualquier violación de derechos humanos”.

⁶³ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18. 12. 2000 (2000/C 364/01). La Carta fue inicialmente proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000. El 12 de diciembre de 2007, se proclamó una versión adaptada en Estrasburgo, que devino jurídicamente vinculante para todos los Estados europeos tras la ratificación del Tratado de Lisboa. Tras el fracasado intento de promulgar, en el año 2004, una Constitución Europea que tenía previsto incluir la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se firma el 13 de diciembre de 2007, el Tratado de Lisboa, que, sin incluir la referida Carta, incorpora un mecanismo que la dota de carácter jurídicamente vinculante tanto para la Unión Europea como para todos los Estados miembros, a excepción del Reino Unido y Polonia, que mediante la adopción de un Protocolo de interpretación de la Carta, limitaron su aplicación, excluyendo, entre otras cosas, la posibilidad de que la conformidad de sus leyes nacionales con la Carta pudiera ser evaluada. El Reino Unido y Polonia condicionaron su adhesión al Tratado de Lisboa a la aprobación de un Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a estos dos Estados (Protocolo No. 30) en el que se afirma que este instrumento no permitiría a ningún órgano judicial, europeo o nacional, calificar las leyes o regulaciones de estos países de vulneradoras de los derechos y libertades reconocidos en la Carta. El apartado 2 del artículo 1 de este Protocolo subraya que el Título IV de la Carta no crea derechos exigibles a ninguno de estos dos países a menos que los mismos estuvieran ya recogidos en el derecho nacional. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, véase, PEERS, S., “The “Opt-out” that Fell to Earth: The British and Polish Protocol Concerning the EU Charter”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, núm. 2, 2012, pp. 375-389. En octubre de 2009, con el fin de persuadir a la República Checa para que firmara el Tratado de Lisboa, se aprobó extender la aplicación de este Protocolo también a este Estado (Véase el Anexo 1: Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a la República Checa, Consejo de Europa, 15265/1/09, REV 1, Presidency Conclusions, 29/30 octubre 2009). Se trata éste de un instrumento que, tanto por sus novedades sustantivas como carácter jurídico obligatorio supone, en

palabras de Manero Salvador, “un enorme paso adelante hacia la consolidación definitiva de los derechos humanos en el proceso de integración europeo”. MANERO SALVADOR, A., “El valor jurídico de la Carta de Derechos fundamentales. De Niza a Lisboa” en *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, coord.: FERNÁNDEZ LIESA, C., DIAZ BARRADA, C., MANERO SALVADOR, A., ALCOCEBA GALLEGU, A., Dykinson, 2008. La profesora Manero Salvador hace un balance positivo de la Carta e infiere, de la equiparación de derechos de primera, segunda y tercera generación, que la misma “responde alas nuevas tendencias normativas en materia de reconocimiento de derechos, de forma absolutamente novedosa e innovadora”. (pp.113-132). Los derechos de seguridad jurídica a los que se ha venido haciendo referencia pueden encontrarse en este instrumento en los artículos 6 (derecho a la libertad y la seguridad), 47 (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial), 48 (presunción de inocencia y derechos de defensa), 49 (principios de legalidad y proporcionalidad de las penas) y 50 (*non bis in idem*). En tanto que se trata de derechos garantizados por el CEDH, la propia Carta se remite al citado Convenio para determinar el contenido y alcance de estos derechos (Artículo 52.3: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”). No obstante, pueden apreciarse algunas variaciones que normalmente se traducen en un régimen más amplio de protección de derechos en la Carta. Así, en relación a la tutela judicial efectiva, mientras el CEDH en su artículo 13 se limita a reconocer el derecho de toda persona “a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional”, la Carta va un paso más allá al garantizar de manera específica el acceso a los tribunales de aquellas personas víctimas de violaciones de derechos humanos. La Carta también refleja su compromiso con la delimitación y homogeneización de los derechos en el ámbito europeo al positivizar la prestación de asistencia jurídica gratuita en este artículo 47, reiteradamente reconocida por la jurisprudencia del TEDH (TEDH, Asunto Airey c. Irlanda, sentencia de 9 de octubre de 1997, solicitud núm. 6289/73, párrs. 26-28. Disponible aquí. Consultado el 21/10/2013). Algunas críticas ha desatado la redacción del apartado 2 del artículo 49 que reza como sigue: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones”, en una más que cuestionable articulación del principio de legalidad, que se había reconocido en el primer apartado.

El artículo 50 articula una versión más amplia del principio *non bis in idem* al extenderlo a las sentencia absolutorias o condenatorias dictadas en cualquier Estado de la Unión, en contraposición con la regulación del *non bis in idem* recogida en el artículo 4 del Protocolo No. 7 al CEDH, de alcance más limitado en tanto que condiciona el reconocimiento de la violación de este principio a que un mismo Estado haya juzgado dos veces a un individuo por el mismo delito, en contraposición con la regulación del *non bis in idem* recogida en el artículo 4 del Protocolo No. 7 al CEDH, de alcance más limitado en tanto que condiciona el reconocimiento de la violación de este principio a que un mismo Estado haya juzgado dos veces a un individuo por el mismo delito. Sin embargo, otros autores han considerado que la forma en la que se articula este precepto en la Carta representa “una lectura muy limitada de dicho principio que puede venir a plantear problemas en aquellos casos en los que una persona haya sido sancionada en un país miembro por unos hechos administrativamente y vaya a volver a ser sancionada por los mismos hechos penalmente en otro país” (ACALE SÁNCHEZ, M., “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, Madrid, mayo/agosto (2008), p. 377), efecto que quedaría mitigado a través de la aplicación del artículo 53 de la propia Carta, que prohíbe la interpretación limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los Convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros.

Es particularmente interesante el tratamiento de la protección reconocida al individuo en el artículo 19 en caso de devolución, expulsión o extradición. Mientras el primer párrafo de este artículo reproduce el artículo 4 del Protocolo No. 4 al CEDH (“Se prohíben las expulsiones colectivas”), el segundo párrafo incorpora jurisprudencia del TEDH en relación al artículo 3 del CEDH. Así, al establecer que “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”, la Carta incorpora razonamientos jurídicos esgrimidos en casos como el de Ahmed c. Austria de 17 de diciembre de 1996 (TEDH, Asunto Ahmed c. Austria, sentencia de 18 de diciembre de 1996, solicitud núm. 25964/94) o el de célebre caso Soering c. Reino Unido de 7 de julio de 1989 (TEDH, Asunto Soering c. Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989, solicitud núm. 14038/88). La polémica adhesión de la Unión Europea al CEDH representa uno de los debates más actuales en este ámbito (Véase, para un análisis minucioso del

1.1.1.2. Derecho a la presunción de inocencia

El Comité de Derechos Humanos ha dotado de contenido a este derecho mediante la alusión a ejemplos concretos de conductas lesivas para el mismo. Así, en la Observación General 32 sobre el artículo 14 del PIDCP dispone que “los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. (...) Además, la duración de la prisión preventiva nunca deberá ser considerada indicativa de culpabilidad ni del grado de ésta⁶⁵”.

mismo, MANERO SALVADOR, A., “El valor jurídico de la Carta de Derechos fundamentales...*op cit.*, pp. 98-106. Para otros desarrollos del tema, PASTOR RIDRUEJO, A. “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coord.) *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, AEPDIRI, Iustel, 2008; CHUECA SANCHO, A. “Por una Europa de los DH (la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, en FERNÁNDEZ SOLÁ, N., *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004). El Tratado de Lisboa, en su artículo 6.2. establece la obligatoriedad de la UE de adherirse al CEDH, fijando incluso el procedimiento que los Estados deben seguir para ello (Artículo 218 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por su parte, el CEDH ha aceptado ya a la UE como parte contratante, mediante el nuevo artículo 59.2 introducido en virtud del Protocolo adicional No. 14. La importancia de la adhesión al Convenio radica en que incorpora un mecanismo de protección que permite la realización efectiva de estos derechos al dotar al ciudadano de una herramienta para denunciar la violación de sus derechos por parte de la propia UE: el TEDH. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo, tal y como resalta Morte Gómez, ya viene conociendo tanto de las violaciones de derechos humanos derivadas de actos de las instituciones de la Unión como de vulneraciones por parte de los Estados en aplicación del Derecho de la Unión, no sin haber tenido que recurrir en algunos casos para ello a acrobacias jurídicas. (MORTE GÓMEZ, C., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, pp. 40-45 en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*. Jornada de Expertos. Madrid, 21 de octubre 2011. Dentro del primer grupo, destaca el caso *Senator Lines c. 15 Estados de la Unión Europea*, mientras que dentro del segundo grupo cabe resaltar el caso *Cantoni c. Francia*, de 15 de noviembre de 1996 o el caso *Matthews c. Reino Unido* de 18 de febrero de 1999, entre otros). La adhesión no solo simplificaría este procedimiento sino que contribuiría a la consolidación de un sistema de derechos humanos de contenido y alcance homogéneo. Más dudas plantearía la utilidad de la Carta una vez esto tenga lugar.

⁶⁴ Adoptada el 26 de mayo de 1995 en Minsk (Bielorrusia). Aquí, los derechos de seguridad jurídica están concentrados en los artículos 5, 6 y 7. Se trata de un instrumento regional de protección de los derechos humanos del que forman parte los países que conforman la Comunidad de Estados Independientes (CEI), organización regional creada tras la caída de la Unión Soviética. Los Estados que la componen son Bielorrusia, Kirguistán, Rusia y Tayikistán. Los derechos reconocidos en este instrumento quedan garantizados por la Comisión de Derechos Humanos de la CEI, que recibe peticiones y denuncias individuales de individuos y organizaciones no gubernamentales. Para profundizar sobre este mecanismo de protección, véase CANÇADO TRINDADE, A., “Análisis sobre las implicancias legales para los estados que pretenden ratificar el convenio europeo de derechos humanos y sus protocolos y la convención de derechos humanos de la comunidad de estados independientes (CEI)”, *Relaciones Internacionales*, Revista año 7, núm. 13, junio-noviembre 1997, Edit. IRI (UNLP), La Plata, Argentina, p. 67.

⁶⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Opinión General 32, Doc. NU: CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 30.

Sin perjuicio del aparente consenso en torno al contenido de este derecho que se desprende de esta Observación, autores como Quispe advierten sobre el peligro de que, en el caso del Estatuto de Roma, regulador de la CPI, este derecho “esté recogido en el artículo 66, un artículo diferente al que recoge los derechos del acusado”. “Esta situación”, prosigue, “puede impedir su invocación como un derecho inherente al acusado⁶⁶”.

En cuanto a la carga de la prueba, el Comité de Derechos Humanos, en la citada Observación General 32, ha sostenido que ésta debe recaer en la acusación, como parte del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, en algún supuesto, la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en sentido contrario. Así, en el caso Lubanga, la Cámara de Instrucción del TPIR estimó que la negligencia podía ser considerada una excepción al estándar exigido de intencionalidad y conocimiento recogido en el artículo 30 (I) del Estatuto. En estos casos, la prueba de que el acusado tenía motivos razonables para sospechar la concurrencia de un acto relevante es suficiente para dictar una sentencia condenatoria, lo cual traslada la carga de la prueba al acusado⁶⁷.

La DUDH también reconoce en su artículo 11, el derecho de “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, (...)”. En cuanto al texto literal del Pacto, la presunción de inocencia queda concretada tanto a través de enunciados generales (impone la carga de la prueba a la acusación y garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable) como de descripciones delimitadoras del contenido exacto de estos enunciados (los acusados no deberán ser presentados ante el tribunal de manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos).

Procede introducir aquí la incorporación de los derechos de seguridad jurídica al

⁶⁶ QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano...op cit.*, p.214.

⁶⁷ CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Auto de confirmación de los cargos, caso núm. ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero de 2007, párrs. 356–359. Disponible en ICC Legal Tools Database.

Derecho Internacional Humanitario (DIH). El Derecho Internacional Humanitario, regulador del *ius in bello*, articula los derechos de seguridad jurídica en los Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales de 1977.

Según la profesora Quispe el artículo 75.4 del Protocolo I (Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949), incluye el derecho al debido proceso y de los principios básicos del derecho penal, entre ellos, el *non bis in ídem*; *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la aplicación de la ley más favorable al individuo y a la presunción de inocencia⁶⁸.

En el ámbito del proceso, el contenido de los mismos depende del estatuto que tenga la persona acusada y del tipo de delito por el que esa persona va a ser juzgada⁶⁹. Así, si la persona es calificada de prisionero de guerra, le será de aplicación el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949 (III Convenio de Ginebra). Este instrumento recoge las dos cuestiones básicas en las que se funda la protección del prisionero de guerra: la prohibición de juzgar y castigar al prisionero por el mero hecho de participar en las hostilidades y la obligación de tratarlo humanamente durante su captura. La estrecha relación entre el reconocimiento del estatuto de prisionero de guerra y la protección de los derechos de seguridad jurídica ha sido subrayada por autores como Naqvi, que reconoce que “El estatuto de prisionero de guerra es, por consiguiente, de capital importancia para una persona capturada que cae en poder de una Potencia enemiga, tanto desde el punto de vista del estatuto jurídico como del trato que debe recibir. Si a una persona no se le concede el estatuto de

⁶⁸ QUISPE REMÓN, F. *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, op. cit., p. 134. Protección adicional en el marco de las garantías procesales de la que se podrán beneficiar también los prisioneros de guerra y las personas protegidas en virtud del IV Convenio. CICR, *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août de 1949*, Ed. SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., y ZIMMERMANN, B., Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1986, p. 913, párr. 3142.

⁶⁹ PÉREZ GONZÁLEZ M.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO P., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LIV, 2002, pp. 26-27: “En lo que se refiere a los prisioneros de guerra, se ha dicho que, en cuanto excombatientes que en su día había sido autorizados a utilizar la fuerza, sólo pueden ser juzgados por violaciones del Derecho de los conflictos armados o por delitos relacionados con las hostilidades”. Así, bajo el tercer convenio, los prisioneros de guerra tienen específicamente reconocidos las siguientes garantías judiciales: derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial (art. 84.2 del III Convenio); derecho a ser informado de los cargos formulados en su contra (art.104.2 del III Convenio); derecho a la defensa, a ser defendido por un abogado cualificado y a un intérprete (arts. 99 y 105 del III Convenio); principio de legalidad penal (art. 99.1 del III Convenio); non bis in ídem (art. 86 del III Convenio) y derecho a ser informado acerca de su derecho de apelación (art. 106 del III Convenio).

combatiente, se le puede juzgar por haber cometido un acto de beligerancia. En los casos que esta infracción penal se castigue con pena capital de conformidad con la jurisdicción nacional, la ausencia del estatuto de prisionero de guerra puede ser un asunto de vida o muerte⁷⁰”. En este estado de cosas, evidentemente, también al procedimiento de determinación del estatuto jurídico le serían de aplicación las normas de derechos humanos, en este caso consuetudinarias⁷¹.

Más allá del ámbito concreto de los prisioneros de guerra, y en términos más generales, el conocido artículo 3, común a los cuatro Convenios, establece que, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

“1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

⁷⁰ NAQVI, Y., “Estatuto de prisionero de guerra: “casos de duda”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de septiembre de 2002. Disponible aquí.

⁷¹ *Id.* “Sin temor a equivocaciones, la conclusión puede ser que a la luz del derecho internacional consuetudinario los derechos fundamentales al procedimiento regular son aplicables en los procedimientos de determinación del estatuto”. La autora se apoya, entre otras fuentes, en el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en respuesta a una petición de medidas cautelares respecto de los detenidos de Guantánamo, que concibe las protecciones contempladas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario como dos sistemas que se puede complementar y reforzar. Organización de Estados Americanos, Washington, D.C., 2006, Ref. Detainees in Guantanamo Bay, Cuba: Request for Precautionary Measures, 13 de marzo de 2002. Disponible aquí. En el mismo sentido, véase la Opinión Consultiva del TIJ en el caso de las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino. TIJ, Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 9 de julio de 2004, párr. 106: “El Tribunal considera que la protección que ofrecen las convenciones que regulan los derechos humanos no dejan de aplicarse en caso de conflicto armado, como no sea a causa de las disposiciones sobre la derogación como la que figura en el art. 4 del PIDCP”.

- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) **las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados (...)**⁷².”

El objetivo de este último apartado es prohibir la justicia sumaria, práctica generalizada en tiempos de guerra. No obstante, tal y como se ha puesto de manifiesto por la doctrina⁷³ y por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia⁷⁴, la vigencia de estas disposiciones no está limitada a los conflictos no internacionales. Es más, en aquellos conflictos internacionales, su respeto será mayor ya que implican la aplicación de la totalidad del contenido de los Convenios⁷⁵.

A nivel regional, el derecho a la presunción de inocencia se reconoce, de manera explícita, en el apartado 2 del artículo 6 del **CEDH**, en el artículo 7 de la **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**⁷⁶ y en el **Derecho Islámico**.

⁷² Negrita añadida.

⁷³ QUISPE REMÓN, F. *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano...op cit.*, p. 131.

⁷⁴ Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. TIJ, Nicaragua c. Estados Unidos de América, sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 218-220: “Los EEUU tienen la obligación de respetar los Convenios. (...) Esta obligación se deriva de los principios generales del derecho humanitario al cual las convenciones dan simplemente la expresión específica”.

⁷⁵ La vigencia del contenido del PIDCP en los conflictos humanitarios internacionales ha sido subrayada por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica impuesta, 80º período de sesiones, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, para 11. Esta idea está inferida de lo afirmado en el párrafo 3 de la Observación General 29 sobre los estados de excepción, Doc NU. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001: “During an armed conflict, whether international or non-international, rules of international humanitarian law become applicable and help, in addition to the provisions in article 4 and 5, paragraph1 of the Covenant, to prevent the abuse of a State’s emergency powers”.

⁷⁶ Artículo 7.1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:

- a. derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes.
 - b. El derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su culpabilidad
 - c. El derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección
 - d. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial
2. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe

Hágase aquí un paréntesis para analizar, de manera más detallada, algunos de los emergentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos, que permita, asimismo, justificar las afirmaciones sobre la regulación y alcance de los derechos de seguridad jurídica que se realizarán en esta sección.

Comenzando con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁷⁷, conviene realizar algunas matizaciones previas.

La articulación del contenido y alcance de los derechos humanos se hace en este instrumento desde las tradiciones y valores africanos, que se encuentran más cerca de la concepción de los derechos en un sistema comunitarista que de la filosofía antropocéntrica que inspira la construcción occidental de los derechos humanos. Esta idea no solo se puede inferir del preámbulo, sino que ha sido subrayada tanto por la doctrina africana⁷⁸ como por la internacional⁷⁹.

Los derechos de seguridad jurídica están recogidos en este instrumento en los artículos 6 y 7. Aquellas personas que, encontrándose bajo la jurisdicción de un Estado parte en la Carta hayan sido víctimas de violaciones de derechos humanos, pueden denunciar la violación de derechos a través de un Estado, de las Comisiones, de Organizaciones No Gubernamentales o de manera individual, en caso de estar acreditadas, ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁸⁰ y ante la Comisión de los Derechos y Bienestar del Niño, que comenzó a operar en 1999.

ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor

⁷⁷ Aprobada en 1981. Entra en vigor el 21 de octubre de 1986.

⁷⁸ Véase IBHAWOH, B., "Between Culture and Constitution: Evaluating the Cultural Legitimacy of Human Rights in the African State", *Human Rights Quarterly*, núm. 22, 2000, pp. 838-360.

⁷⁹ SARKIN J., "The role of regional systems in enforcing state human rights compliance: evaluating the African Commission...*op cit.*", p.213.

⁸⁰ La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, a la que le corresponde la aplicación y la garantía del respeto de esta Carta, fue establecida por el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos en junio de 1998, pero no entra en funcionamiento hasta el 24 de febrero de 2004, fecha en la que los 15 Estados exigidos lo ratifican. No obstante, no empieza a operar hasta el año 2006. En estos momentos, se están llevando a cabo reuniones en el seno de la Unión Africana que persiguen ampliar la jurisdicción de la Corte Africana para que ésta pueda conocer de crímenes internacionales. A tal efecto se ha adoptado el Protocolo Provisional para reformar el Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, Corte híbrida creada en 2008 por este Protocolo y que pretende unir la Corte Africana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Justicia. A día de hoy, septiembre 2012,

La Corte Africana está legitimada para conocer de casos de violaciones de derechos humanos perpetradas por aquellos Estados que hayan reconocido su jurisdicción. A pesar de que sus orígenes se remontan a 1998, cuando fue establecida por el artículo 1 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos, no dictó su primera sentencia hasta el año 2009⁸¹. A pesar de su lento despegue⁸², en los últimos dos años, la Corte Africana ha dictado un total de 12 sentencias que, sin haber provocado aún una gran reacción por parte de la doctrina, comienzan ya a motivar artículos de análisis jurisprudencial⁸³.

La presión de la comunidad internacional en la región asiática para la creación de un sistema regional de protección de los derechos humanos logró que en 2007, la Asociación de las Naciones del Sureste Asiático (ASEAN) aprobara una Carta que no entraría en vigor hasta el 21 de octubre de 2008, tras la ratificación del último de los diez Estados parte, Indonesia⁸⁴. Tal y como afirma Sarkin, la aprobación de esta Carta representa un primer paso hacia el establecimiento de un sistema regional de protección

sigue faltando la voluntad política para dar este cambio ya que solo tres Estados lo han ratificado. No obstante, hay perspectivas de cambio en el horizonte.

⁸¹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Michelot Yogogombaye c. Senegal*, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, caso núm. 001/2008.

⁸² HOPKINS, K., "The Effect of an African Court on the Domestic Legal Orders of African States", *African Human Rights Law Journal*, núm. 2, 2002, p. 234; WELDEHAIMANOT, S.M., "Towards Speedy Trials: Reforming the Practice of Adjudicating Cases in the African Human Rights System", *The University for Peace Law Review*, Vol.1:14; 2010, pp.14-38.

⁸³ KOAGNE ZOUAPET, A., "Une si évidente décision...une Cour bien confuse: quelques observations sur l'arrêt de la Cour africaine des Droits de l'Homme et des Peuples en l'affaire Femi Falana c. Union Africaine (Affaire N°001/2011)", publicado en *Coalition for an effective African Court of Human and Peoples' Rights*. Véase "[Coalition for an Effective African Court on Human and Peoples' Rights](#)" como una fuente de información actualizada sobre la evolución de los casos pendientes ante la Corte Africana. Para una información actualizada, resumida y analizada de los casos ante la Corte Africana, véase el proyecto "[African Human Rights Case Law Analyser](#)". Disponible aquí. También comienzan a consolidarse iniciativas en la comunidad jurídica que persiguen reforzar y promover el papel de este tribunal en la protección de los derechos humanos en África. Véase el ARC Project, creado por Gillian Higgins, abogada especialista en derecho penal internacional y miembro del International Law Bureau. Entre los objetivos de este proyecto pueden destacarse la difusión de la jurisprudencia del tribunal, propuestas de reforma así como el asesoramiento a abogados y juristas que trabajen en este tribunal. Véase la carta de la Directora, Gillian Higgins, acerca de la importancia de la promoción de este tribunal. HIGGINS, G., "Why does promotion of the AfCHPR matter?", en *ARCProject*, 9 de enero de 2012. Disponible aquí. Consultado el 22/10/2013.

⁸⁴ Los Estados miembros de esta Asociación son Brunei, Camboya, Indonesia, la República de Laos, Malasia, Myanmar, la República de Filipinas, la República de Singapur, el Reino de Tailandia y la República Socialista de Vietnam.

de los derechos humanos en Asia⁸⁵. Esta Carta enfatiza en su preámbulo la importancia del respeto a la soberanía nacional y los valores de democracia, seguridad y cooperación en la región, y, aunque reconoce en su artículo 1.7 que uno de los objetivos de esta Asociación es la promoción y el respeto a los derechos humanos, no desarrolla el contenido de los mismos. Se trata pues de un instrumento meramente constitutivo de la Asociación en el que se detallan los objetivos, normas de funcionamiento y principios inspiradores de esta Asociación. El artículo 14 afirma que ASEAN establecerá un órgano de derechos humanos⁸⁶. En estos momentos, el foco está puesto sobre el borrador de Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN. Este primer borrador, que consta de cinco páginas, fue completado en junio de 2012 en Burma tras un largo período de negociaciones y fue aprobado en el “21st Asean Summit” celebrado en noviembre de 2012⁸⁷. Aunque es pronto para juzgar este instrumento, las voces críticas coinciden en denunciar el hecho de que las recomendaciones y sugerencias de las organizaciones locales de la sociedad civil han sido ignoradas por completo durante su redacción⁸⁸.

⁸⁵ SARKIN J., “The role of regional systems in enforcing state human rights compliance... *op. cit.* p. 208. La inauguración en 2009 de la Comisión intergubernamental sobre derechos humanos de ASEAN en 2009 confirma esta dirección. Consúltense aquí los avances de esta organización. Para profundizar acerca de la tendencia en la evolución de los derechos humanos en los países asiáticos véase BEWICKE, A., “Asian developments in access to counsel: a comparative study”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 10, núm. 27, otoño, 2011 pp. 27-53 y YUNG-MING, Y., “The Formation of the Asean Intergovernmental Commission on Human Rights: A Protracted Journey”, *Journal of Human Rights*, vol. 10, 2011, pp. 393-413.

⁸⁶ “In conformity with the purposes and principles of the ASEAN Charter relating to the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms, ASEAN shall establish a human rights body”. ASEAN Charter (artículo 14.1).

⁸⁷ RAFIN, R., “ASEAN adopts Human Rights Declaration”, en *ilawyerblog*, 19 de noviembre de 2012, consultado el 7/10/2013. El texto de la Declaración puede consultarse aquí. Los derechos de seguridad jurídica están fundamentalmente articulados en el principio 20, que reconoce el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo, el principio de legalidad y el *non bis in ídem*. El principio 4, por otro lado, articula el derecho a un remedio efectivo en caso de violación de los derechos.

⁸⁸ CHINGKITTAVORN, K., “Asean’s Tricky Human Rights Charter” en *The Irrawaddy*, 18 de junio 2012 Consultado el 23/10/2013; ABBAS, H., *The long road to ASEAN rights charter* en *The Jakarta Post*, 23 de mayo 2012. Consultado el 23/10/2012.

En el ámbito regional islámico, el sistema de protección de los derechos humanos se apoya, pero no se limita a la **Declaración de los Derechos Humanos en el Islam o Declaración del Cairo**⁸⁹.

El derecho al debido proceso aparece, desde sus orígenes, en el Derecho Islámico o Sharia. El Corán ya hace referencia al mismo en algunos de sus versos:

sūrat al-Nisā: Behold, God bids you to deliver all that you have been entrusted with unto those who are entitled thereto, and whenever you judge do so with justice. Verily, most excellent is what God exhorts you to do: verily God is all-hearing, all-seeing! (4:58)⁹⁰

Por controvertida que pueda resultar esta afirmación y su subsiguiente apoyo en un texto religioso, la cristalización de un marco de derecho internacional verdaderamente universal pasa por escuchar los argumentos de la doctrina que, en este ámbito, ha defendido la existencia de un reconocimiento de los derechos de seguridad jurídica absolutamente respetuoso con los estándares fijados por los instrumentos internacionales de referencia analizados (la DUDH y el PIDCP)⁹¹. Así, académicos

⁸⁹ Aprobada en la 19ª Conferencia Islámica de 5 de Agosto de 1990, de la que forman parte 57 Estados. Entró en vigor el 15 de marzo de 2008, una vez estuvo ratificada por un número suficiente de Estados (7/22). Consúltase aquí.

⁹⁰ “The Sharicā requires adherence to the ideals of fair and impartial justice based on due process and evidentiary requirements, which are needed in order to protect the innocent and to insure the integrity of the legal system”, BASSIOUNI, C., *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice*, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, mayo de 2011, pp. 32-38.

⁹¹ Para el tema de los derechos humanos en el Islam, véase ABDULLAHI AN-NA’IM, *Islam And Human Rights: Collected Essays*, Mashood A. Baderin ed., Surrey, Reino Unido, Ashgate, 2010; NISRINE ABIAD, *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: A Comparative Study*, Londres, Reino Unido, British Institute for International and Comparative Law, 2008; MOHAMMED ABED AL-JABRI, *Democracy, Human Rights, and Law in Islamic Thought*, Londres, Reino Unido, I.B. Tauris, 2008; ABDULAZIZ SACHEDINA, *Islam and the Challenge of Human Rights*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2009; AKBARZADEH, S., & MACQUEEN, B. (eds), *Islam and Human Rights in Practice*, Routledge, 2008); KATERINA DALACOURA, *Islam, Liberalism, and Human Rights*, Londres, Reino Unido, I.B. Tauris, 3ª ed., 2007; ANN ELIZABETH MAYER, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, Boulder, CO, Westview Press, 4ª Ed., 2006; MASHOOD BADERIN, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2005; HUNTER, S., & MALIK, H. (eds.), *Islam and Human Rights: Advancing A U.S.-Muslim Dialogue*, Washington, DC, Center for Strategic and International Studies, 2005; AHMED S. MOUSSALI, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism, and Human Rights*, Gainesville, University of Florida Press, 2003; MOHAMMAD HASHIM KAMALI, *The Dignity of Man: An Islamic Perspective*, Cambridge, Reino Unido, Islamic Texts Society, 2d. ed., 2002; HUQUQ AL-INSAN (4 vols., M. Cherif Bassiouni, M.S. Dakkak, & Abdel Azim Wazir eds., Beirut, Lebanon: Dar-ilm lil-Malayan Publishers, 1989); ABUL ALA MAWDUDI, *Human Rights in Islam*, Leicester, Reino Unidos, The Islamic Foundation, 1976;

como Abul Ala al-Mawdudi, perteneciente a una escuela tradicionalista-fundamentalista, han defendido las garantías procesales utilizando la Sharia como fuente principal de su razonamiento jurídico. Siguiendo la clásica exposición argumentativa de los juristas islámicos, este autor utiliza las enseñanzas del Profeta a través de sus experiencias para construir su tesis y aboga por el “derecho a un juicio con todas las garantías” en sentido amplio, sin entrar en detalle en torno al contenido exacto del mismo⁹².

No obstante, es necesario hacer referencia aquí, de manera muy sucinta, al importante papel que juega la relación que existe en el Islam entre el individuo y el Estado en la manera de concebir las garantías procesales. La separación entre el individuo y el Estado, característica básica de los modelos políticos occidentales, no existe en el entorno islámico⁹³. La consecuencia principal de la vigencia de esta construcción

FADEL, M., “Public Reason as a Strategy for Principled Reconciliation: The Case of Islamic Law and International Human Rights Law”, *CHI. J. INT’L L.*, vol. 8, núm. 1, 2007; MODIRZADEH, N.K., “Taking Islamic Law Seriously: INGOs and the Battle for Muslim Hearts and Minds”, *HARV. HUM. RTS. J.* vol. 19, 2006; ABDULLAHI A. An-Na’im, “Human Rights in the Arab World: A Regional Perspective”, *HUM. RTS. Q.*, vol. 23, p. 701, 2001; RIFFAT HASSAN, Religious Human Rights and the Qur’an, 10 *EMORY INT’L L. REV.* 85, 1996; BADERIN, M.A., “Establishing Areas of Common Ground Between Islamic Law and International Human Rights Law,” 5 *INT’L J. HUM. RTS.* 72, 2001; AN-NAI’M, A.A., “Human Rights in the Muslim World: Socio-Political Conditions and Scriptural Imperatives”, *HARV. HUM. RTS. J.*, vol. 3, 1990, pp.13-42; AN-NA’IM, A.A., “Islamic Law, International Relations, and Human Rights: Challenge and Response”, *CORNELL INT’L L.J.*, vol. 20, 1987, p. 318, citados en BASSIOUNI, C., *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice*, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, mayo 2011.

⁹² “El Islam también ha establecido el principio de que ningún ciudadano puede ser encarcelado salvo que su culpabilidad haya sido probada en un juicio público. La detención de un hombre basada exclusivamente en la sospecha y encarcelarle prescindiendo del procedimiento judicial adecuado sin otorgarle la posibilidad de defenderse no está permitido en el Islam. El Hadith recoge que una vez el Profeta estaba dando un sermón en una Mezquita cuando un hombre se levantó y dijo: “Oh Profeta de Dios, ¿por qué crímenes se ha arrestado a mis vecinos? El Profeta escuchó la pregunta y continuó el sermón. El hombre se levantó de nuevo y repitió la pregunta. El Profeta continuó sin responder y prosiguió su sermón. El hombre se levantó por tercera vez y repitió una vez más la pregunta. Entonces el Profeta ordenó liberar a sus vecinos. El motivo por el que el Profeta guardaba silencio era que el oficial de policía estaba presente en la Mezquita y si hubieran existido razones legítimas para la detención de sus vecinos, se habría levantado a explicar su posición. En tanto que el oficial de policía no proporcionó razones para la detención, el Profeta ordenó la puesta en libertad de estas personas. El oficial de policía conocía la ley islámica y no se levantó a afirmar que: “la administración es conocedora de los cargos contra las personas detenidas, pero no pueden ser revelados públicamente. Si el Profeta me interrogara sobre ello en privado, yo le iluminaría. (...). Esa es la razón por la que el Califa Omar dijo: “En el Islam nadie puede ser encarcelado salvo en aplicación de la justicia”. Es evidente que con las palabras utilizadas aquí se está haciendo referencia al proceso debido. Lo que se ha prohibido y condenado es que un hombre sea detenido y encarcelado sin pruebas de su culpabilidad en un juicio público y sin darle la oportunidad de defenderse contra los cargos que se le imputan”. ALA MAWDUDI, A., *Human Rights in Islam*, Leicester, Reino Unido, The Islamic Foundation, 1976, p.25. Disponible aquí. Consultado el 7/10/2013. Traducción de la autora.

⁹³ Abordar la complejísima cuestión de la presencia de la religión en las normas que regulan las sociedades islámicas excede el ámbito de esta investigación. Sin embargo, es interesante destacar el surgimiento de

política es que, en tanto que el individuo no está “enfrentado” al Estado sino que forma parte del mismo, no hay, aparentemente, necesidad de delimitar los derechos individuales en contraposición al Estado⁹⁴. Por consiguiente, si queremos averiguar cuál es el alcance de lo que conocemos como derechos de seguridad jurídica, la pregunta que debemos formularnos, según el experto internacionalista de origen egipcio Cherif Bassiouni, es: ¿qué estándares cualitativos se requieren en la administración de justicia⁹⁵?

A su vez, prosigue este autor, estos estándares dependen de los fines del sistema, que son averiguar la verdad, determinar la responsabilidad del acusado, reparar a la víctima y la reparación social. El hecho de que estos fines no estén limitados al ámbito procesal sino que incluyan objetivos materiales (que sean tanto fines de medio como de resultado) es una diferencia con los sistemas occidentales que dificulta la comprensión del rol que los derechos tienen atribuido en el ordenamiento jurídico islámico. En este sentido, la tensión existente en relación a la categoría de los crímenes Tazir⁹⁶ debe ser traída a colación. La interpretación tradicional de la Sharía permite al legislador o al

iniciativas de educación y promoción de los derechos humanos desde perspectivas o estructuras impensables en la secularizada sociedad occidental. En este sentido, la Universidad de Mofid en Irán llevó a cabo recientemente una intervención en la que a través de una clínica jurídica ofreció formación en derechos humanos a 90 imanes con gran influencia en sus respectivas sociedades. El traslado de conocimientos se enfocó desde los vínculos entre los conceptos de derechos humanos y las enseñanzas islámicas acerca de derechos humanos. A través de la identificación de los imanes como elementos de influencia clave en las sociedades islámicas, este trabajo aboga por impulsar su liderazgo como promotores de los derechos humanos con el fin de que sirvan de canales de comunicación entre los activistas de derechos humanos, juristas y trabajadores sociales. ERFANI NASAB, A., MAHDI MEGHADADI, “Muslim clerics and leadership in human rights education in Muslim societies”, *Procedia- Social and Behavioral Sciences*, vol. 31, 2012, pp. 275-279, Elsevier Ltd, 2011.

⁹⁴ Véase para un desarrollo exhaustivo de los fundamentos de la construcción política y social en el Islam: ABD-AL-RAHMAN AZZAM, *The eternal message of Mohammed*, Caesar E. Farah, trans., New York, NY, 1964.

⁹⁵ BASSIOUNI, C., *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice*, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, mayo 2011, p.38.

⁹⁶ El Derecho Penal Islámico está compuesto por 3 categorías de normas: hudud, qisas y tazir. El primer grupo incluye entre 5-7 tipos y las penas aparejadas a los mismos son fijas. Hudud significa “los límites prescritos por Dios”; el segundo grupo incluye el homicidio y el atentado contra la integridad física con resultado próximo a la muerte. Qisas quiere decir “represalia justa”, la pena para estos crímenes es la venganza o la compensación; el tercer grupo, tazir, es una categoría residual en tanto que aquellas acciones consideradas destructivas del orden público o pecaminosas pueden ser subsumidas aquí. Para un mayor desarrollo de las categorías de crímenes en el derecho penal islámico véase CAMMACK, M., “Islamic Law and Crime in Contemporary Courts”, *Berkeley Journal of Middle East and Islamic Law*, vol. 4, núm. 1, 2011.

juez imponer el castigo discrecionalmente para los delitos que puedan ser subsumidos dentro de esta categoría⁹⁷. Sin embargo, proliferan ejemplos prácticos en los que los Estados islámicos han limitado el alcance de la inseguridad jurídica que deriva de este precepto mediante la intervención codificadora. Así, en los Emiratos Árabes se ha restringido el uso de los crímenes Tazir a aquellos recogidos en la Ley Federal. La extensa enumeración de los actos que pueden ser constitutivos de crímenes Tazir así como sus penas mínimas y máximas en el código penal iraní responde a la misma voluntad de posibilitar la seguridad jurídica limitando el margen de discreción del juez.

A pesar de que como se ha analizado, el sistema jurídico islámico tiene la capacidad de garantizar el respeto a los estándares de derechos de seguridad jurídica recogidos en el citado artículo 14 del PIDCP, las referidas diferencias en la propia configuración del sistema político motivaron, en los años 90, la aprobación de la Declaración de El Cairo. Esta iniciativa reflejaba un intento, por parte de los Estados islámicos, de plasmar su manera de entender los derechos humanos⁹⁸. En el ámbito de los derechos que nos conciernen, esta distinción se enmarca más en el ámbito de la fundamentación que del contenido⁹⁹.

⁹⁷ AHMAD IBN NAQIB AL-MISRI, *The Reliance of the Traveller* ("Umdat al-salik wa 'uddat al-nasik.- The Reliance of the Traveller and Tools of the Worshipper), traducción de Nuh Ha Mim Keller, Amana Publ., edición revisada, 1994, pp. 619, citado en BOHLANDER, M. y HEDAYATI-KAKHKI, M.M., *Criminal Justice under Shari'ah in the 21st Century-An Inter-Cultural View, Arab Law Quarterly*, vol. 23 2009, pp. 417-436, p. 429.

⁹⁸ Es importante poner de manifiesto que algunos aspectos de este instrumento han sido denunciados ent tanto que incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, la Alta entonces Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Louise Arbor, en una nota de prensa tras la entrada en vigor de esta Declaración afirmó que cuestiones como la pena de muerte, los derechos de las mujeres y de los extranjeros y la consideración de zionismo como un tipo de racismo, son incompatibles con los estándares internacional de derechos humanos que defienden las Naciones Unidas. ARBOUR, L., "Human Rights on the entry into force of the Arab Chartes on Human Rights", NU, Comunicado de prensa de 30 de enero de 2008. Disponible aquí. Consultado el 23/10/2013.

⁹⁹ Véanse los artículos 19 y 20 de la Declaración, traducción de la autora:

"Artículo 19:

- (a) Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción entre el gobernante y el gobernado.
- (b) Todos tienen garantizado el derecho de acceso a la justicia.
- (c) La responsabilidad es esencialmente personal.
- (d) No habrá crimen ni castigo salvo lo dispuesto en la Sharia.
- (e) El acusado es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad mediante un juicio justo en el que goce de todas las garantías de defensa.

Artículo 20

No se permite la detención, restricción de la libertad, exilio o castigo de un individuo sin una razón legítima para ello. No está permitida la tortura, física o psicológica o cualquier tipo de humillación, crueldad o trato indigno. Tampoco está permitido someter a nadie a experimentos médicos o científicos

Por otra parte, el proyecto del Estatuto regulador del Tribunal Islámico Internacional de Justicia, cuya creación se propuso en 1987, recoge en su artículo 40, el derecho a la doble instancia con ciertas limitaciones temporales y de exigencia de nueva prueba. La creación de este Tribunal, que pretendía ser un órgano de resolución de conflictos entre Estados islámicos en aplicación de la Sharia, quedó en un mero intento ya que el citado Estatuto no llegó a entrar en vigor debido a la falta de ratificación de los dos tercios de los miembros de la Organización para la Cooperación Islámica requeridos. No obstante, su valor como instrumento que refleja la existencia de una tendencia hacia la positivación del Derecho Islámico y de los derechos de seguridad jurídica no debe ser infravalorado¹⁰⁰.

Por último, conviene hacer referencia a una de las herramientas potencialmente más modernizadoras del derecho islámico: el *ijtihad* o aplicación de la analogía a los principios contenidos en el Corán o en las enseñanzas del Profeta (Hadith). Existen, no obstante, divergencias en la consideración de este principio entre las dos ramas del Islam. Mientras los suníes aceptan este método como una fuente válida del derecho, los chiítas abogan por una interpretación más literal de los textos sagrados¹⁰¹. Los detractores del *ijtihad* argumentan que el uso de este método introduce inseguridad al derecho islámico. Sin embargo, los profesores Bohlander y Hedayati-Kakhki evidencian, a través de ejemplos prácticos, que incluso en Estados como Irán, la interpretación

sin su consentimiento o si entrañan riesgos para su salud o vida. Tampoco está permitido promulgar leyes de emergencia que proporcionen autoridad ejecutiva para estas acciones”.

¹⁰⁰ Para un análisis sobre el origen y los posibles efectos que podría tener la puesta en funcionamiento de este Tribunal de arreglo de controversias entre los Estados Islámicos véase: LOMBARDINI M., “The international islamic court of justice: Towards an international islamic legal system?”, *Leiden Journal of International Law*, 2001, vol. 14, núm. 3, p. 665.

¹⁰¹ BOHLANDER, M. y HEDAYATI-KAKHKI, M.M., “Criminal Justice under Shari’ah in the 21st Century-An Inter-Cultural View”, *Arab Law Quaterly*, vol. 23, 2009, pp. 417-436, p. 422 (traducción de la autora): “En los círculos académicos chiítas, las líneas divisorias se dibujan entre los proponentes de la Sharia estática (FIQ-e sonnati) y los que proponen una jurisprudencia dinámica (fiqh-e pouya). Los primeros creen que sólo los principios y normas establecidos en los textos religiosos son aplicables a los musulmanes en el mundo moderno, sin tener en cuenta la evolución posterior de la ciencia, la sociedad o la tecnología (...). Por el contrario, los académicos “dinámicos” creen que hay más margen de maniobra Disponible para la interpretación de los textos religiosos en respuesta a las condiciones sociales (...).” Nótase aquí que existen numerosas escuelas de interpretación del Corán, no existiendo para los musulmanes la obligación de adscribirse a una u otra escuela, a pesar de que hay Estados como Irán que establecen constitucionalmente la obligatoriedad de seguir una escuela determinada para la interpretación del derecho.

estrictamente literal de la Sharía resulta ser algo selectivo y condicionado a la existencia de intereses políticos. Así, en el caso de la pena de amputación por robo, los requisitos para su aplicación se han regulado de manera tan extensa que evitan, en la práctica, su aplicación¹⁰². Tras analizar la aplicación y el origen del *ijtihad* y constatar su antigüedad y consolidación como técnica interpretativa del derecho islámico, estos autores llegan a la conclusión de que la brecha existente entre el derecho islámico y los derechos humanos no responde a la inexistencia de mecanismos dentro del derecho islámico para llevar a cabo esta modernización con respeto a los principios recogidos en la Sharía, sino a una falta de voluntad política, concepto para cuya comprensión no existe, desafortunadamente, una barrera cultural, especialmente en los tiempos actuales, en los que Europa, antaño adalid de la defensa de los derechos humanos, ha decidido emprender el camino de la eliminación, *de facto*, de los derechos, en cumplimiento de las órdenes dictadas por el mercado financiero¹⁰³.

“Consequently, the only barrier to the modernisation of Shar’iah law and achievement of greater compatibility with international human rights standards is the absence of a political will to initiate such changes¹⁰⁴”.

A pesar de que como se ha expuesto, comienzan a multiplicarse las voces en la doctrina islámica que defienden la compatibilidad del marco jurídico que ofrece el derecho islámico con el derecho internacional y en particular con el respeto a los derechos humanos, es incuestionable que se trata de un debate en plena ebullición. No obstante, los cada vez más frecuentes indicios de acercamiento representan una importante fuente de esperanzas para la idea de la incorporación de la Sharía al derecho internacional. Esta tendencia incluyente está movida por dos fuerzas: el creciente interés de los juristas de

¹⁰² *Id.*, p. 425: “As this interpretation of Shari’ah clearly took place through *ijtihad*/*ijma*, it appears inconsistent for the Islamic scholars/government to then deny its practical use in other areas. It is therefore apparent that they are entirely willing to use such techniques by means of *zarurat* or *maslahah* where necessary for political or social purposes, but reluctant to conduct reforms in other areas criticised for incompatibility with human rights”. Estos términos se refieren a dos decretos religiosos que permiten la modificación de la Sharia cuando existe una aparente necesidad de acción. La primera quiere decir necesidad y la segunda, conveniencia.

¹⁰³ Se hace referencia aquí al desmantelamiento del Estado del bienestar con la consiguiente abolición de los derechos de sanidad o educación inherentes al mismo por poner un ejemplo de actualidad. Sin embargo, como se verá en la segunda parte de este capítulo, la violación de derechos humanos en Europa no se circunscribe a este ámbito sino que afecta también a derechos personalísimos como el derecho a la vida, a la integridad física y moral.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 426.

tradición occidental por conocer e incorporar otros sistemas jurídicos al derecho internacional, en la creencia de que la verdadera universalidad solo puede ser alcanzada mediante el acercamiento real y el consenso¹⁰⁵ y la batalla por la positivación del derecho islámico que están librando, en este entorno, los académicos de nueva generación, en tanto que entienden que se acabaría así con uno de los mayores problemas de legitimidad a los que se enfrenta este sistema: la ausencia de seguridad jurídica¹⁰⁶.

1.1.2. Derechos de seguridad jurídica con variaciones en los niveles de protección

Junto a los derechos analizados, siguiendo la estructura escogida en base a la regulación de los derechos de seguridad jurídica en el ámbito de los tribunales internacionales, existe otro grupo de derechos, también subsumibles en la categoría de derechos de seguridad jurídica cuya distinta regulación procesal en los distintos Tribunales

¹⁰⁵ ELEWA BADAR, M., “Islamic Law (Shari’a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pp. 207-429. En este artículo, el autor defiende la inclusión del derecho islámico en los sistemas jurídicos en los que se inspira la CPI para la aplicación de los principios generales del derecho. Argumenta que la jurisdicción de un Tribunal con aspiración de universalidad puede ver amenazada su legitimidad si continúa, como hasta ahora, limitándose a los valores occidentales como fuente inspiración en la interpretación y aplicación del derecho internacional. Asimismo, sostiene que los principios del derecho islámico son perfectamente compatibles con los derechos de seguridad jurídica, en tanto que aglutinadores del principio de legalidad y la presunción de inocencia (pp. 419-422). A pesar de las discrepancias entre las escuelas en torno a los delitos incluidos en cada categoría, se puede afirmar la existencia de una clara división entre los delitos hudud (cuyos tipos y sanciones positivizados en el Corán o en los sunna) y delitos ta’azir (cuyos tipos y sanciones sujetos a los poderes discrecionales del juez) para reflejar que en el caso de los primeros la rigidez y respeto a estos principios es mucho mayor mientras que en el segundo caso, algunas escuelas sostienen que otorga unos poderes discrecionales al khalifa (gobernador/autoridad) y al qadi (juez) en torno a los actos que deben ser castigados y en relación al castigo a imponer. Es por este motivo por el que los delitos ta’azir han considerados por los juristas de tradiciones occidentales como vulneradores del principio de legalidad. Mientras la doctrina islámica ha defendido esta discrecionalidad argumentando que la misma equilibra el principio de legalidad, este autor sostiene que no hay nada en las fuentes primarias del derecho islámico que exima a estos delitos del respeto al principio de legalidad. Más aún, castigar como delitos ta’azir aquellos actos constitutivos de hudud que no cumplan con los requisitos procesales del primero constituiría una violación del derechos islámico.

¹⁰⁶ Sin embargo, esta tendencia todavía no ha conseguido cristalizar en los organismos internacionales que siguen siendo reacios a concebir un ordenamiento jurídico en el que las fuentes sean religiosas. Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, párrafo 24. En referencia a los tribunales religiosos “Debe velarse por que tales tribunales no estén facultados para dictar fallos vinculantes reconocibles por el Estado a menos que se satisfagan los siguientes requisitos: que los procedimientos ante dichos tribunales se limiten a asuntos civiles y penales menores, que se reúnan los requisitos básicos de un juicio imparcial y otras garantías pertinentes del Pacto, y que sus fallos sean validados por tribunales estatales y puedan ser recurridos por las partes interesadas en un proceso que cumpla lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto”.

auspiciados por las Naciones Unidas, es una característica que puede interpretarse, *a priori*, como potencialmente creadora de desniveles en las garantías procesales.

1.1.2.1. Derecho a estar presente¹⁰⁷ o verse representado en el proceso

Entre los derechos de seguridad jurídica cuya protección presenta mayores variaciones de un Tribunal a otro, debe destacarse el derecho a estar presente o verse representado en el proceso¹⁰⁸.

El Estatuto del Tribunal de Núremberg reconocía la posibilidad de celebrar juicios *in absentia* sin especificar si los mismos serían revisables¹⁰⁹.

Así, mientras los Estatutos de la Corte Penal Internacional¹¹⁰, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y del Tribunal Especial para Sierra Leona¹¹¹, reproducen el reconocimiento del derecho a estar presente en el juicio regulado en el artículo 14.3 del PIDCP¹¹², el recientemente

¹⁰⁷ Otra cuestión que sería de interés explorar, pero que, por cuestiones de limitación de tiempo y espacio no se ha podido abordar aquí, sería la relación entre la consolidación del admisibilidad de los juicios *in absentia* para graves crímenes internacionales y la disminución de la importancia del instituto de la extradición. Sobre esta idea, véase TIRIBELLI, C., “Judgement in absentia in international criminal law: its admissibility before the ad hoc tribunals, the International Criminal Court and the European Arrest Warrant”, *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 18, núm. 2, pp. 369-370.

¹⁰⁸ Para profundizar acerca de la configuración de los estándares mínimos de los derechos del proceso en el ámbito de los tribunales internacionales, véase BEKOU, O., “Rule 11 bis: an examination of the process of referral to national courts in the ICTY jurisprudence”, *Fordham International Law Journal*, núm 723, 2009-2010, pp. 48-65, p.33.

¹⁰⁹ Artículo 12, Carta de Londres del Tribunal Militar Internacional.

¹¹⁰ Artículo 63, en su apartado 1 establece que “El acusado estará presente durante el juicio”.

¹¹¹ Artículo 67(1) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Artículo 21(4)d del Estatuto del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia; Artículo 20(4)d del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda; Artículo 17(4)d del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

¹¹² El artículo 14.3.d del PIDCP reconoce el derecho del acusado a “hallarse presente el proceso”. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido que los juicios *in absentia* son aceptables cuando el acusado ha sido avisado con antelación suficiente y se le haya dado oportunidad de personarse en el proceso. En este sentido, en el caso Monguya Mbenge c. Zaire (Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm.16/77 de 25 de marzo 1983), el Comité reconoció que: “Esta disposición (artículo 14.3) y otros requisitos del debido proceso comprendidos en el artículo 14 no pueden ser interpretados como comprensivos de una prohibición absoluta de los procedimientos *in absentia*, independientemente de las razones de la ausencia del acusado (...). El Comité reconoce que tiene que haber un límite a los

creado Tribunal Especial para el Líbano reconoce la posibilidad de celebrar juicios *in absentia* en sus Reglas de Procedimiento y Prueba¹¹³. El conflicto que este reconocimiento plantea con el derecho al debido proceso se salva, a través de la regulación de la posibilidad de repetir el juicio en presencia del acusado (y procesado *in absentia*) con un abogado de su elección¹¹⁴. Esto ha cuestionado, a nivel internacional, la concepción del juicio *in absentia* como vulneradora del derecho al debido proceso, que ya encontraba pocos apoyos a nivel regional y que es rechazado también desde algunos sectores de la doctrina¹¹⁵.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que los juicios *in absentia* no son, *per se*, incompatibles con el artículo 6 CEDH, siempre y cuando se garantice la posibilidad de obtener un pronunciamiento posterior¹¹⁶,

esfuerzos que se pueden esperar de las autoridades competentes para contactar al acusado”. Traducción de la autora.

¹¹³ La aparente incompatibilidad entre juicio *in absentia* y el respeto al debido proceso queda resuelta a través del artículo 23 (3) del Estatuto del Tribunal que, en caso de juicio *in absentia*, reconoce al acusado la posibilidad de volver a ser juzgado con todas las garantías, suponiendo que no haya podido elegir a su abogado. Así lo ha confirmado la Sala de Apelaciones de este Tribunal en una sentencia que resolvía el recurso presentado por la defensa que impugnaba la celebración del juicio *in absentia*: “Los acusados tienen derecho a conocer los cargos que se les imputan y se les tiene que ofrecer el derecho a participar en el juicio antes de que se decida proseguir en su ausencia. Sobre esta base, se sostiene que las únicas cuestiones que pueden ser objeto de recurso son aquellas relacionadas con la correcta notificación al acusado del procedimiento abierto contra él. Concluimos que el Tribunal aplicó el estándar adecuado para la notificación. Por consiguiente, se rechaza el recurso”. Tribunal Especial para el Líbano, Fiscal c. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra, Sentencia que resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa contra la decisión del Tribunal sobre el juicio *in absentia* de 1 de noviembre de 2012, caso núm. STL-11-01/PT/AC/AR126.1, párr. 2. Traducción de la autora. Para profundizar en este debate, resulta de gran interés el artículo que, sobre esta cuestión, ha escrito el Vice-Presidente del Tribunal Especial para el Líbano, el juez Riachy. RIACHY, R., “Trials in Absentia in the Lebanese Judicial System and at the Special Tribunal for Lebanon”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp.1295-1306.

¹¹⁴ Artículos 22 y 23 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para el Líbano.

¹¹⁵ BROWN, D.J., “The International Criminal Court and the Trial in Absentia”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 24, 1999, pp. 763-796.

¹¹⁶ TEDH, Asunto Einhorn c. Francia, sentencia de 16 de octubre de 2001, solicitud núm. 71555/01, párr. 33; TEDH, Asunto Krombach c. Francia, sentencia de 13 de febrero de 2001, solicitud núm. 29731/96, párr. 85; y TEDH.

a menos que hubiera tenido la intención inequívoca de sustraerse de la justicia¹¹⁷ o hubiera renunciado inequívocamente y con las garantías procedentes al derecho a participar en el proceso¹¹⁸.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8, reconoce a toda persona el derecho “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El análisis pormenorizado de la compatibilidad de la formulación del derecho a ser oído en este instrumento con el juicio *in absentia*, excede el ámbito de la presente investigación. No obstante, debe al menos afirmarse que en este instrumento no puede encontrarse una prohibición expresa a la celebración de dichos juicios ni se desprende de su articulado una conexión directa entre la materialización de este tipo de procesos y la vulneración del derecho a ser oído.

Entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el derecho a estar presente en el juicio se recoge en el artículo 14 del PICP, como se ha referido más arriba.

1.1.2.2. Derechos a la doble instancia

El Tribunal de Núremberg negó el derecho a la doble instancia a aquellas personas que hubieran resultado condenadas¹¹⁹. La regulación del alcance y contenido del derecho a una doble instancia también suscita conflictos entre la regulación internacional y la regulación europea en el marco de los derechos de seguridad jurídica.

Así, la contradicción entre el artículo 2 del Protocolo 7 del CEDH, que regula excepciones a la doble instancia en el caso de que “el interesado haya sido juzgado en

¹¹⁷ TEDH, Asunto Kwiatkowska c. Italia (dic.), sentencia de 30 de noviembre de 2000, solicitud núm. 52868/99; TEDH, Asunto Medenica c. Suiza, sentencia de 14 de junio de 2001, solicitud núm. 2049/92, párr. 55.

¹¹⁸ TEDH, Asunto Poitrimol c. Francia, sentencia de 23 de noviembre de 1993, solicitud núm. 14032/88, párr. 31, apartado 86.

¹¹⁹ Artículo 26, Carta de Londres del Tribunal Militar Internacional.

primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución¹²⁰ y el artículo 14.5 del PIDCP, ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la primacía del derecho internacional sobre regulaciones regionales de protección de derechos humanos y sobre el principio de derecho internacional según el cual, en caso de conflicto, la mayor protección prevalece siempre¹²¹.

En particular, se trata aquí la cuestión del contenido y alcance del derecho a la doble instancia. En los casos de revocación de una sentencia absolutoria por parte de un Tribunal de apelación, los pronunciamientos de la jurisprudencia internacional en torno al derecho del ahora condenado a una revisión han sido tildados de contradictorios por parte de la doctrina¹²².

¹²⁰ Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

¹²¹ TPIY, Fiscal c. Mile Mrksic, Veselin Sljivancanin, caso núm. IT-95-13/1-A, sentencia de 5 de mayo de 2009. Esta sentencia revoca, en segunda instancia, una sentencia absolutoria dictada en favor de los acusados. En su opinión particular, el Juez Pocar reitera su posición acerca del contenido del derecho a la doble instancia. Sostiene que el Tribunal de Apelación no está legitimado para imponer una condena mayor a aquella impuesta por el Tribunal de primera instancia: “Accordingly, the right to appeal convictions, not excluding convictions entered for the first time on appeal, should be granted to an accused before the International Tribunal”. (Postura afirmada en sus opiniones particulares en los siguientes casos: TPIY, Fiscal c. Galic, TPIR, Fiscal c. Semanza y TPIR, Fiscal c. Rutaganda). En cuanto al aparente conflicto entre la regulación europea, cuya ratificación por los Estados ha sido interpretada como expresiva de que el artículo 14 (5) del PIDCP no tenía eficacia vinculante que impidiera que los Estados establecieran excepciones a la obligación de garantizar la doble instancia, y el artículo 14 (5) del PIDCP, Pocar subraya que las diferencias entre ambos sistemas se derivan de la existencia de dos niveles de protección distintos y se explican por los distintos mecanismos de imposición de estos instrumentos. Al ratificar el CEDH, los Estados aceptan la jurisdicción vinculante del TEDH. De esto no se puede deducir que los Estados que han ratificado el CEDH reconocen estos derechos de manera limitada, sino que solo aceptan la jurisdicción del TEDH hasta un límite en relación a estos derechos. En esta opinión también se recuerda el citado principio de derecho internacional que aboga por la mayor protección de los derechos humanos en caso de conflicto.

¹²² BING BING, J., “The Right of Appeal in the Proceedings Before the ICTY and ICTR”, en Gabriella Venturini y Stefania Bariatti (eds.), *Liber Fausto Pocar. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 425. En el caso Rutaganda, los jueces Meron y Jorda afirmaron, en sus opiniones separadas, que la imposibilidad de recurrir una sentencia condenatoria dictada en apelación por primera vez viola, con bastante probabilidad el principio de justicia (fundamental principle of fairness) reconocido en los sistemas nacionales e internacionales. TPIR, Fiscal c. Rutaganda, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-96-3-A, sentencia de 26 de mayo de 2003, Opinión Separada de los jueces Meron and Jorda, p. 170. Esta cuestión, requiere un pronunciamiento por parte de los tribunales de apelación que unifiquen el criterio, hecho que no se ha producido aún.

A nivel internacional, el citado artículo 14 del Pacto reconoce el derecho a la doble instancia. Esta polémica cuestión se aborda también en la Observación General 32 del Comité de Derechos Humanos, en la que se especifica que se trata de un derecho que incluye el derecho a revisión, tanto cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia¹²³, como cuando se trata de una condena impuesta en apelación a una persona absuelta en primera instancia. Además, se considera que el examen de las alegaciones y pruebas presentadas ante un tribunal de instancia superior, sin practicar juicio, no vulnera el derecho reconocido en este artículo¹²⁴. Sí se considera, en cambio, vulnerador de este derecho un sistema de revisión de penas que se aplique exclusivamente a aquellas que ya se han comenzado a ejecutar¹²⁵.

En lo referente a la indemnización por error judicial articulada en el apartado 3, la misma encuentra sus límites en el caso de que se demuestre que la no revelación del hecho desconocido es atribuible, total o parcialmente al acusado, recayendo sobre el Estado la carga de la prueba. Tampoco procede indemnización si el fallo condenatorio se anula en apelación¹²⁶.

El III Convenio de Ginebra incorpora también, en su artículo 106, este derecho en su regulación de los conflictos armados.

A nivel regional, es preciso acudir a la Carta Africana para encontrar una referencia expresa al derecho a la doble instancia¹²⁷, sin perjuicio de que, cómo se verá en el apartado siguiente este derecho, junto a otros, se encuentra subsumido en el concepto de

¹²³ El Comité ha reiterado esta postura en repetidas ocasiones, afirmando incluso que el derecho a una doble instancia se viola cuando tras una sentencia absolutoria en primera instancia, un tribunal superior dicta una sentencia condenatoria, contra la cual no se reconoce la posibilidad de recurso. Véase el caso *Larrañaga c. Filipinas*, Comité de Derechos Humanos, comunicación núm. 1421/2005 de 24 de julio de 2006, párrs. 7-8.

¹²⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, Doc NU. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007 párrs. 45-51.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.* párr.53

¹²⁷ Artículo 7.1.a. de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: “1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:

a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigente(...)”.

derecho al debido proceso que desarrollan todos los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos.

1.1.2.3. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

La adopción de la prisión provisional como medida cautelar para asegurar la comparecencia del acusado en el proceso penal internacional tiene graves consecuencias para los derechos del acusado cuando el proceso sufre dilaciones indebidas.

En este sentido, la posición mantenida por los Tribunales internacionales varía respecto a la postura del TEDH. En el primer caso, el propio reglamento del TPIY, en su artículo 65, decreta la detención preventiva por defecto y automática, sin necesidad de valoración de motivos por parte del Juez de instrucción, una vez que el acusado llegue a la sede del Tribunal. También llama la atención el hecho de que el Reglamento no establezca un límite máximo de duración de la detención. La cara práctica de esta regulación ha dado lugar a situaciones que han llegado a perpetuar la prisión provisional de los acusados durante 6 años¹²⁸.

Por su parte, el TEDH rebate la normalización de la prisión provisional que tiene lugar en el ámbito penal internacional, afirmando que el Estado debe analizar primero otras medidas alternativas para asegurar la comparecencia del acusado¹²⁹.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también rechaza la extensión indefinida de la prisión preventiva en tanto que vulneradora de los derechos

¹²⁸ En el caso Momcilo Krajisnik, el acusado fue arrestado en Sarajevo el 3 de abril de 2000 y transferido a la Unidad de Detención del TPIY en la Haya ese mismo día. Su juicio no comenzó hasta el 4 de febrero de 2004 y no fue hasta el 27 de septiembre de 2006 que el Tribunal dictó una sentencia condenatoria. TPIY, Fiscal c. Momcilo Krajisnik, Trial Chamber, caso núm. IT-00-39-0-T, sentencia de 27 de septiembre de 2006, párrs. 1206, 1212, 1213 y 1235. En un plano más actual, la excesiva duración del proceso en los casos de Lubanga en la CPI y de Charles Taylor en la Corte Especial para Sierra Leona ya ha provocado las primeras críticas por parte de la opinión pública. Human Rights Watch, “DR Congo: Q&A on the first verdict at the International Criminal Court, 29 de febrero 2012. Disponible aquí. Consultado el 24/10/2013.

¹²⁹ TEDH, Asunto Gasiorowski c. Poland, sentencia (méritos y reparación) de 17 de octubre 2006, solicitud núm. 7677/02, párr. 54-59.

humanos al referirse a la necesidad de respetar el límite del “plazo razonable”¹³⁰, contenido en el derecho internacional de los derechos humanos¹³¹.

En cuanto a las causas de las demoras y sus soluciones, el Comité de Derechos Humanos ha prescrito la asignación de recursos presupuestarios complementarios suficientes a la administración de justicia cuando las dilaciones sean ocasionadas por una deficiencia crónica de financiación¹³².

También se ocupa de este derecho el referido artículo 14. En el ámbito europeo, el artículo 6 alude al derecho a un juicio “dentro de un plazo razonable”. La Carta Africana, incorpora a su artículo 7.d. este derecho en términos idénticos.

1.1.2.4. Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección

Una de las críticas recurrentes de las que vienen siendo objeto los Tribunales Penales Internacionales es la abismal diferencia que existe entre el tiempo del que disfruta la Fiscalía para llevar a cabo la investigación y recopilación de las pruebas, que puede llegar a durar años, y los meses de los que dispone la defensa para preparar el caso.

¹³⁰ CIDH, Caso Suárez Rosero c. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; CIDH, Caso Tibi c. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 180.

¹³¹ En este sentido, resulta muy interesante la clarificadora distinción entre detención ilegítima y detención arbitraria realizada por García Falconi. Mientras en el primer caso, los criterios para determinar la concurrencia de una detención ilegítima son puramente formales (que se haya efectuado por causas establecidas en la ley) y materiales (que se haya llevado a cabo con arreglo a los procedimientos objetivamente definidos), en el caso de la detención arbitraria, ésta puede darse independientemente de que se respeten los mencionados criterios si concurren elementos de irracionalidad, imprevisibilidad o desproporción. En este sentido, tal y como se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia de la CIDH se muestra reacia a justificar la detención provisional que no esté fundamentada en el peligro de obstrucción de la justicia, descartando motivos como el peligro de reincidencia por considerarlos vulneradores de la presunción de inocencia. GARCÍA FALCONI, R., *Límites y alcance de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, AMBOS, K., MALARINO, E., Y ELSNER G., (editores), Fundación Konrad-adenauer-stiftung e.v, Montevideo, 2010, pp. 341-347.

¹³² Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, República Democrática del Congo, Doc. NU: CCPR/C/COD/CO/3 (2006), párr. 21, y República Centroafricana, Doc NU: CCPR/C/CAF/CO/2 (2006), párr. 16.

Este reproche, en tanto que razonable, ha tenido como resultado una evolución en la configuración de este derecho. Así, el alcance y contenido del mismo han experimentado una notable evolución cuyos resultados pueden apreciarse, sobre todo, en las iniciativas que han marcado la regulación de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales de creación más reciente como el Tribunal Especial para el Líbano.

A través de la creación de la Oficina Pública de Defensa (OPD), encargada de proteger los derechos de la defensa durante las fases iniciales de la investigación, tras la formalización de la acusación y durante la detención, la Corte Penal Internacional ha intentado subsanar este desnivel¹³³. Por su parte, el Tribunal Especial para el Líbano, inaugurado en marzo de 2009, es innovador en la creación de la Oficina de la Defensa como órgano independiente encargado de garantizar un juicio justo. Se trata de un órgano que no representa a los acusados en el juicio, función que corresponde al abogado nombrado a tal efecto¹³⁴.

La doctrina subraya la importancia que en este ámbito tienen las Audiencias Previas, en especial la Audiencia de confirmación de cargos, en tanto que permite a la defensa examinar y oponerse a las pruebas presentadas así como preparar la defensa con tiempo suficiente¹³⁵.

El artículo 14 del Pacto alude también al derecho de defensa, cuyo significado se desarrolla por la citada Observación 32 del Comité de Derechos Humanos.

Este órgano también se enfrenta a la tarea de fijar los derechos de las personas acusadas de delitos. Detalla el contenido del derecho a ser informado sin demora de los cargos formulados contra ellas en tiempo (tan pronto como una autoridad competente formule la acusación contra una persona o la designe públicamente como sospechosa de haber

¹³³ La regulación de esta Oficina se encuentra en la Norma 77 del Reglamento de la Corte Penal Internacional, aprobado el 26 de mayo de 2004, Doc: ICC-BD/-01-04.

¹³⁴ Las funciones de la Oficina de la Defensa se encuentran enumeradas en la norma 57 de las Normas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para el Líbano.

¹³⁵ CHENIVESSE, P. y PIRANIO, C.J., “What price justice? On the evolving notion of ‘Right to a fair trial’ from Nuremberg to the Hague”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 24, núm.3, 2011, pp. 403-423, p. 412.

cometido un delito) y en forma (verbalmente, siempre que más tarde se confirme por escrito). Estipula que los medios adecuados de los que debe disponer la defensa incluyen todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar ante el acusado o que constituyan pruebas de descargo¹³⁶.

Se subraya el carácter confidencial de las comunicaciones entre el abogado y el acusado¹³⁷ y se insiste en la extensión del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas a todas las fases del proceso, especialmente importante si la persona se encuentra privada de libertad durante el mismo¹³⁸. También se regulan las condiciones para permitir el juicio *in absentia*¹³⁹.

En cuanto al derecho a defenderse personalmente o mediante un abogado de su elección, el Comité recuerda que no se trata de un derecho absoluto y que en algunos casos “el interés de la justicia puede exigir el nombramiento de un abogado en contra de los deseos del acusado¹⁴⁰”.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita está condicionado a la gravedad del delito y la incompetencia o mala conducta de un abogado nombrado por la autoridad competente puede llegar a entrañar responsabilidad del Estado por violación del artículo

¹³⁶ Observación General 32, párr. 31.

¹³⁷ *Id.* párr. 34.

¹³⁸ La doctrina ha analizado exhaustivamente el efecto de la jurisprudencia del TEDH en la definición del alcance de estos derechos. Así, para un estudio crítico sobre la influencia clarificadora de la jurisprudencia del Tribunal en relación al artículo 5 véase STONE, R., “Deprivation of liberty: the scope of article 5 of the European Convention of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, Sweet & Maxwell and its Contributors, nº1, 2012, pp. 46-57. Stone analiza las sentencias dictadas por el Tribunal en los dos tipos de situaciones principales de las que ha conocido en este contexto: los controles privativos de derechos que, fuera del ámbito de una acusación, se han impuesto a individuos durante períodos de semanas o meses tales como las privaciones de derechos en el ámbito de la salud mental o de la protección de menores. El autor se refiere a este tipo de casos como detenciones administrativas. El otro tipo de situaciones en las que el TEDH ha identificado violación del artículo 5 se refiere a los actos privativos de derechos que se ejecutan, en el contexto de la comisión de un delito, sin que medie una acusación formal tales como la potestad de “stop and search” y los poderes para controlar el orden público. Stone destaca los siguientes casos como referentes en este ámbito: Guzzardi contra Italia, HL contra el Reino Unido, Storck contra Alemania y Gillan contra el Reino Unido. Infiere del primero un listado de los elementos a analizar para determinar la aplicabilidad del artículo 5 a una determinada privación de libertad en tanto que detención: tipo de detención, duración de la misma o de las restricciones impuestas, el consentimiento del detenido y la intención u objetivo de la detención. Para un análisis exhaustivo del efecto clarificador de la jurisprudencia del TEDH en la definición de las garantías procesales que comprenden debido proceso (artículo 6), véase supra QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano... op cit.*, pp.152-162.

¹³⁹ *Id.* párr. 31.

¹⁴⁰ *Id.* párr. 37. El Comité está pensando en los casos de personas que obstruyan sistemáticamente el juicio.

14.3.d. En esta Observación se recuerda también que el derecho de las personas acusadas a interrogar o hacer interrogar testigos de cargo y de descargo no es ilimitado. Se puntualiza que en el caso del derecho a ser asistido por intérprete, aunque se aplique tanto a extranjeros como a nacionales, “las personas acusadas cuyo idioma materno difiera del idioma oficial del tribunal no tendrán, en principio, derecho a la asistencia jurídica gratuita de un intérprete si conocen el idioma oficial suficientemente bien para defenderse efectivamente¹⁴¹”.

En Europa, el apartado 2 del artículo 6 del Convenio reconoce el derechos a ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación, a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa, a defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor de su elección, incluso gratuitamente si carece de medios cuando los intereses de la justicia así lo exijan, a interrogar a los testigos y a ser asistido gratuitamente por un intérprete. La Carta Africana, en su artículo 7 también alude, en términos más abstractos a los derechos de defensa.

¹⁴¹ *Id.* párr. 40.

1.1.3. Derechos de seguridad jurídica no desarrollados o desarrollados parcialmente en la jurisprudencia internacional: el derecho al debido proceso y principio de legalidad

Este subapartado, que puede definirse como un “cajón de sastre” pretende analizar la regulación convencional internacional y regional de aquellos derechos de seguridad jurídica cuyo escaso o nulo desarrollo por la jurisprudencia internacional impide que se pueda acudir a la misma para extraer criterios de identificación del contenido y alcance de estos derechos.

En algunos casos, a esta característica se añade la amplitud y ambigüedad de algunos de los derechos (ej. Derecho al debido proceso, que a su vez abarca una serie de derechos que cada sistema regional o internacional ha ido dotando de contenido).

El derecho al debido proceso se ha ido incorporando total o parcialmente a casi todos los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos fundamentales aquí estudiados.

La DUDH alude al mismo a través del reconocimiento de la tutela judicial efectiva y la prohibición de arbitrariedades en la toma de decisiones sobre detención, prisión o destierro en sus artículos 8 y 9. Los artículos 10 y 11, por otro lado, detallan las garantías procesales que conforman el derecho al debido proceso, entre las que incluye algunos de los derechos ya abordados: derecho a ser oído públicamente por un tribunal independiente e imparcial, derecho a la presunción de inocencia e irretroactividad del derecho penal. El Pacto, se refiere al mismo, a través de las numerosas referencias a las subcategorías que lo componen, algunos de los cuales han sido analizados en los apartados anteriores¹⁴².

Además, en la ya más que citada Observación 32 de interpretación del artículo 14, el Comité desglosa el concepto de la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y

¹⁴² Derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley; derecho a la presunción de inocencia; derecho a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a estar presente en el proceso y a defenderse personalmente o mediante abogado de su elección y derecho a un defensor de oficio si careciera de medios suficientes; derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete; derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; derecho a la doble instancia; derecho a una indemnización en caso de revocación de sentencia condenatoria y *non bis in idem*.

subraya la universalidad del derecho de acceso a los tribunales (competentes, independientes e imparciales), inherente a toda persona que pueda encontrarse en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado, independientemente de la nacionalidad o de la condición de apátrida. El Comité reconoce en esta Observación el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que en algunos casos puede devenir en una obligación para el Estado¹⁴³.

El Derecho Internacional Humanitario también se ocupa de este derecho aglutinador. En su artículo 84, el III Convenio de Ginebra establece la necesidad de garantizar la independencia e imparcialidad del tribunal ante el que tenga que comparecer un prisionero de guerra así como el respeto de los derechos de defensa recogidos en el artículo 105¹⁴⁴.

En el marco de los Protocolos Adicionales de 1977, podemos hallar un desglose aún mayor de las garantías procesales o derechos de seguridad jurídica a los que venimos haciendo referencia. El artículo 75.4 del Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, enumera toda una serie de derechos ya recogidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Por su parte, el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, incorpora en su artículo 6 las garantías esenciales de independencia e imparcialidad, que se aplicarán al enjuiciamiento y sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado. Esencialmente reproducen aquellas reguladas en el artículo 75 del Protocolo I.

Aunque se ha hecho ya una breve referencia a ello, la cuestión de la extensión de las garantías del primer Protocolo a las personas privadas de libertad que no están cubiertas por los Convenios de Ginebra (que no gozan del estatuto de prisionero de guerra ni son

¹⁴³ El Comité pone como ejemplo aquí el caso de una persona condenada a muerte que desee obtener la revisión constitucional de irregularidades cometidas en un juicio penal y no tenga medios para sufragar la asistencia jurídica necesaria para interponer ese recurso.

¹⁴⁴ Quedan incluidos en la lista contenida en el artículo 105 del III Convenio el derecho a un abogado de su elección, a hacer comparecer testigos de su elección, a un intérprete, a un abogado de oficio, a un plazo de dos semanas para que el abogado prepare la defensa y a ser informado de sus derechos. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos exige el respeto del artículo 14 del Pacto en el enjuiciamiento de civiles o militares por tribunales militares o especiales (Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, párr. 22; Comunicación núm. 1174/2003, asunto Madani c. Argelia, 28 de marzo de 2007, párr. 8.7. Para un mayor desarrollo véase voto particular disidente del Sr. Abdelfattah Amor).

civiles internados o civiles en territorio ocupado) resulta de interés en el ámbito que nos ocupa dada la orientación del presente trabajo de investigación¹⁴⁵.

La expresión más flagrante de este problema se aprecia en el contexto de los mecanismos utilizados por algunos Estados para luchar contra el delito de terrorismo¹⁴⁶. La declaración de “guerra global contra el terror”¹⁴⁷ por parte de Estados Unidos tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, ha permitido la consagración de la violación sistemática de derechos humanos, y en particular de los derechos de seguridad jurídica, como parte de la estrategia para erradicar este fenómeno¹⁴⁸.

En un primer momento, la principal dificultad jurídica a la que se enfrentaron tanto las voces críticas de la doctrina como los organismos internacionales que denunciaban esta situación era la indeterminación acerca del derecho aplicable a aquellos individuos que, en el contexto de la “guerra contra el terror”¹⁴⁹, habían sido privados de libertad.

¹⁴⁵ En efecto, la presente tesis doctoral pretende responder a la incógnita de la naturaleza jurídica y el alcance y contenido de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad, para lo cual es fundamental definir el marco jurídico aplicable a los presuntos responsables de estos delitos tanto de cara a su enjuiciamiento como a su extradición en todos los escenarios imaginables, incluyendo el supuesto de que estos delitos sean cometidos fuera del ámbito de un conflicto armado nacional o internacional.

¹⁴⁶ Los esfuerzos por documentar y denunciar este fenómeno, consolidado tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, han proliferado de tal modo que es imposible referir aquí todos los trabajos doctrinales y de organizaciones de derechos humanos que se han ocupado de ello. Cítese, a modo simbólico, el exhaustivo trabajo de investigación de MOECKLI, D., *Human Rights and Non-Discrimination in the War on Terror*, Oxford University Press, 2008. En España, véase FERNÁNDEZ DE CASEDEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Terrorismo y derechos humanos: una aproximación desde el Derecho Internacional*, Dykinson, 2005. Sobre la específica cuestión de cuándo debe el Derecho Internacional Humanitario aplicarse a los actos terroristas y de lucha contra el terrorismo, véase BIANCHI, A. y NAQVI, Y., *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

¹⁴⁷ Para un análisis sobre el debate acerca de la naturaleza jurídica de la “guerra contra el terror” ver FITZPATRICK, “Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism”, *American Journal of International Law*, Vol 96, 2002, p.345; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. La “guerra contra el terrorismo”: ¿una “opa hostil” al derecho de la comunidad internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 53, núm.1, 2001, pp. 289-302.

¹⁴⁸ Entre los numerosos autores que han denunciado este fenómeno, cabe destacar a SANDS, P., *Lawless World, The whistle-blowing account on how Bush and Blair are taking the law into their own hands*, Penguin Books, 2006 y, más recientemente, a GARRIDO MUÑOZ A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, Tirant lo Blanch, 2013.

¹⁴⁹ International Committee of the Red Cross, “ICRC reactions to the Schlesinger Panel Report”, 8 de septiembre de 2004, párr. I (A), www.icrc.org. El Comité afirma, en referencia a las detenciones, que “only by determining and adhering to a clearly established legal framework does one prevent arbitrariness and abuse”.

En este sentido, autores como Borelli han subrayado la importancia de distinguir las detenciones que hubieran tenido lugar durante un conflicto armado en sentido estricto con la subsiguiente ocupación militar (Iraq y Afganistán), de aquellas detenciones que se hubieran ejecutado al margen del conflicto armado en el contexto de operaciones de implementación de la norma (*law enforcement operations*). Los Convenios de Ginebra constituyen indiscutiblemente el derecho aplicable en el primer caso, a pesar de que en la práctica, las personas detenidas en este contexto no siempre han gozado de esta protección¹⁵⁰. En el segundo caso, a aquellas personas detenidas al margen del conflicto armado, les es en todo caso aplicable el derecho internacional de los derechos humanos¹⁵¹.

¹⁵⁰ Esta falta de reconocimiento no ha sido confirmada oficialmente por EEUU. No obstante, la consolidada práctica de detenciones ilegales, secuestros internacionales y el propio mantenimiento de la prisión ilegal de Guantánamo constituyen declaraciones no verbales suficientes que reflejan la posición que mantiene EEUU en este tema. Véase Informe de Amnistía Internacional de 2011, AI “USA: Guantánamo-A decade of damage to human rights”, índice AMR/51/103/2011. Disponible aquí. Consultado el 24/10/2013.

¹⁵¹ BORELLI, S., Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the war on terror, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 857, marzo 2005, pp. 38-68, p. 46. La aplicabilidad del DIH a los conflictos armados en el contexto de la “guerra contra el terror” no ha sido aceptada en todos los casos por EEUU, que ha justificado su postura en el hecho de que Al-Qaeda no es una Parte Contratante en los Convenios de Ginebra y por tanto sus miembros no pueden ser considerados prisioneros de guerra ni gozan de los derechos reconocidos en los Convenios. La inconsistencia de este argumento es evidente a la luz del artículo 4A(3) del III Convenio de Ginebra que establece que son prisioneros de guerra también “los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora”. Estos argumentos también han sido desautorizados por algunos jueces americanos. En el caso Hamdan v. Rumsfeld, el juez Robertson rechazó la aplicación selectiva de los Convenios de Ginebra en el contexto de un conflicto armado. Hamdan c. Rumsfeld 126 S. Ct. 2749, 2006. Previamente, el Tribunal Supremo había reconocido el derecho a un juicio justo y a recurrir el estatus de enemigo combatiente a aquellos detenidos que fueran también ciudadanos americanos, en aplicación (sesgada) de los Convenios de Ginebra. Hamdi c. Rumsfeld, 124 S.Ct. 2633, 2004. Véase, sobre esta cuestión, REMIRO BROTONS, “Terrorismo internacional, principios agitados” en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, directores: CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., Tecnos, 2009, p. 39 y ss; y BOLLO, V.M.D., “Hamdan v. Rumsfeld, Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, *REEI*, núm. 12, 2006. Consúltese también las series de artículos publicados como culminación del proyecto europeo (FP7) DETECTER (Detection Technologies, Terrorism, Ethics and Human Rights), 2008-2011, dirigido por Martin Scheinin, ex Relator Especial de UN sobre Derechos Humanos y lucha contra el terrorismo. En concreto, consúltense los documentos de trabajo publicados bajo el título “Unilateral Exceptions to International Law”. Consultado el 7/10/2013. En el mismo ámbito, resultan también esclarecedores los siguientes trabajos: SASSÒLI, M., La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”, en *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos, núm. 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 549-583; SERRANO FIGEROA, R., “El terrorismo y el derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 353-373; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., Actos terroristas y derecho internacional, *Revista General de la Marina*, tomo 250, marzo 2006, pp.199-215; DÖRMAN, K., La situación jurídica de los “combatientes ilegales/no privilegiados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003, p. 849; CERONE, J., “Status of Detainees in International Armed Conflict and their Protection in the course of criminal proceedings”, *ASIL insights*, 2002; SULLIVAN, S., “Rational interpretation of in irrational

La postura abiertamente contraria a la aplicabilidad extraterritorial del derecho internacional de los derechos humanos mantenida por el Gobierno americano¹⁵² y rechazada por el Tribunal Supremo de este país¹⁵³, encuentra apoyo en una parte minoritaria de la doctrina cuyos argumentos, claramente vulneradores de los principios básicos del derecho internacional y de los derechos humanos, no pueden dejar de ser considerados, cuanto menos, sorprendentes¹⁵⁴.

times: the third Geneva convention and the “war on terror”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, 2003, pp. 301-315. La TIJ también se ha pronunciado en repetidas ocasiones en defensa de la aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos a los conflictos armados: TIJ, Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, 1996, p. 240, párr. 25; y más recientemente, TIJ, Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004, párr. 106.

¹⁵²Véase la postura adoptada por los EEUU ante la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos en el caso *Coard et al. c. United States*, caso núm. 10.951, informe núm 109/99, Informe Anual de la CIDH, 1999, párr. 38. Otro ejemplo de ello es la forma en que Estados Unidos ha ignorado la adopción de medidas cautelares en favor de los detenidos por este país en Guantánamo, con fecha de 12 de marzo de 2002 por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “la Comisión se basó, *inter alia*, en su conclusión de que existían dudas en cuanto a la situación jurídica de los detenidos, incluida la cuestión de si, y en qué medida, la Tercera Convención de Ginebra u otras disposiciones de Derecho internacional humanitario eran aplicables a uno o más de ellos, y qué consecuencias podría ello tener para sus mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, y que los derechos y medios de protección que podrían corresponderles conforme al Derecho internacional o interno podrían no ser objeto de una protección jurídica efectiva por parte del Estado. En consecuencia, sin prejuzgar sobre la posible aplicación del Derecho internacional humanitario a los detenidos de Bahía de Guantánamo, la Comisión consideró que las medidas cautelares eran apropiadas y necesarias en las circunstancias del caso para garantizar la aclaración de la situación jurídica de cada uno de los detenidos y el otorgamiento a los mismos de mecanismos legales de protección congruentes con su situación”. Informe anual de medidas cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2002. Disponible aquí. La aprobación del *Enemy Combatant Military Commission Act* en 2006 en la que se afirma que los Convenios de Ginebra no son una fuente de derechos individuales invocables en juicio, siendo el cumplimiento de sus obligaciones una cuestión entre los Estados Partes, corrobora esta sentencia. Dos años más tarde, en 2008, el Tribunal Supremo en el caso *Boumediene c. Bush* (128 S. Ct. 2229) sostuvo que esta ley era inconstitucional en tanto que violaba los derechos del detenido. El tribunal afirmó que los detenidos tenían derecho a solicitar el *habeas corpus* ante tribunales civiles. Como consecuencia de ello, en 2009, esta ley introdujo una serie de reformas que han sido calificadas de insuficientes por Human Rights Watch. En efecto, se siguen manteniendo las Comisiones Militares como órganos competentes para enjuiciar a los extranjeros acusados de terrorismo. Human Rights Watch, *US: New Legislation on Military Commissions doesn’t fix fundamental flaws*, 8 de octubre de 2009. Disponible aquí. Consultado el 24/10/2013. Sobre las Comisiones Militares, véase MUNDIS, D., “The use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts”, *American Journal of International Law*, 2002-2, pp. 320-328 y COSTAS TRASCASAS, M., “La nueva ley estadounidense de comisiones militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del Derecho internacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007.

¹⁵³ *Al Odah et al c. Estados Unidos* (No. 03-343) 2004; *Rasul c. Bush* (No. 03-343) 2004.

¹⁵⁴ WITTES, B., “The Next Ten Years”, *Hoover Digest*, 2012, núm. 2. Disponible aquí. En este artículo, el autor, en referencia a Guantánamo y en un claro desconocimiento del contenido básico de las garantías procesales reconocidas a nivel internacional, defiende las condiciones de detención de Guantánamo en los siguientes términos: “detention at Guantánamo has become rich with due process, and we should embrace this model for a wider array of long-term counterterrorism detentions”. En las antípodas de esta postura, véase el amplio tratamiento de la cuestión de Guantánamo como máxima expresión de las detenciones

Diferentes Estados han manifestado su desacuerdo con la aplicación extraterritorial de los estándares internacionales o regionales de protección de los derechos humanos. Concretamente, el Reino Unido, entre otras cosas, ha sostenido que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no es aplicable a las acciones que el ejército inglés ejecuta fuera del territorio del Estado¹⁵⁵, a pesar de que, tal y como evidencia la introducción de las polémicas *control orders* como mecanismos restrictivos de la libertad para luchar contra el riesgo de terrorismo, la territorialidad no es para el Reino Unido un impedimento para violar los derechos reconocidos en el Convenio¹⁵⁶.

ilegales por parte de la doctrina. En este sentido, véase PÉREZ GONZÁLEZ, M. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV (2002), 1, pp. 12-39; QUISPE REMÓN, F., El reconocimiento del derecho al debido proceso en el derecho internacional...*op cit.* En España, la Audiencia Nacional archivó el pasado 23 de marzo de 2012 las Diligencias Previas seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción nº6 (JCI 6) a raíz de la denuncia de las torturas y tratos crueles infligidos por el gobierno de Estados Unidos a los detenidos “a quienes se imputara su pertenencia al Al Qaeda o fueran considerados talibanes”. En este caso, la Sala no se pronunció sobre la concurrencia de los requisitos de perseguibilidad o criterios de conexión con España recogidos en la reformada versión del artículo 23.4 de la LOPJ. Las razones esgrimidas han sido fundamentalmente la subsidiariedad de la jurisdicción española respecto a la jurisdicción del *locus delicti* y la necesidad de inhibición a la luz de las investigaciones y procesos judiciales abiertos por las Autoridades competentes norteamericanas para conocer de estos mismos hechos. La constatación de la existencia de una investigación efectiva ha sido cuestionada tanto desde la propia Sala, a través del Voto Particular disidente esgrimido por algunos magistrados, como por la doctrina. RIS, “Análisis del Auto de la Audiencia Nacional en el caso sobre el entramado jurídico de Guantánamo: una de cal”, Serie análisis jurídicos-JU, núm.1, junio 2012, p. 10. Disponible aquí: “La interpretación que el Pleno de la Sala (aunque con Voto Particular disidente) ha hecho de la norma española abre la puerta a la denegación de justicia. El sobreseimiento provisional ahora confirmado, y que constituye de facto un archivo definitivo, va a generar un lamentable vacío de jurisdicción que dejará impunes graves crímenes de derecho internacional”. Sin embargo, por otro lado, existe en la actualidad un procedimiento abierto ante la Audiencia Nacional (JCI número 5) por un caso de torturas y malos tratos en Guantánamo personas que fueron trasladadas a España, constatándose respecto de las mismas un vínculo de conexión relevante con España, gozando algunos incluso de la nacionalidad española que justifica la competencia jurisdiccional española para conocer del caso. Resulta sorprendente, a la luz de los argumentos esgrimidos por la Sala de lo Penal para el archivo de las Diligencias Previas en el primer caso, que una de las causas legitimadoras de la reapertura del procedimiento es la suficiente constatación de que no hay investigaciones abiertas por este caso (Auto de reactivación de la causa dictada por el JCI nº5 el 13 de enero de 2012). Sin embargo, el problema de las detenciones ilegales no afecta únicamente a las personas sospechosas de delitos de terrorismo. Autores como Alfred de Zayas incluyen en la lista de grupos vulnerables a este fenómeno al combatiente enemigo, a delincuentes comunes detenidos sin fianza, a solicitantes de asilo, a personas en espera para ser deportadas, personas privadas de libertad por motivos psiquiátricos e inmigrantes indocumentados. DE ZAYAS, A., “Human Rights and indefinite detention”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 857, marzo de 2005, p. 16.

¹⁵⁵ Ver las respuestas escritas presentadas por Mr. Straw el 17 de mayo de 2004, 421 HC Dec. (2003-2004), col. 674w-675w, y el 19 de mayo de 2004, 421 HC Deb. (2003-2004), col. 1084w. Sin embargo, esto ha sido rechazado por los tribunales ingleses. Véase 2004] EWHC 2911 (Adm.), 14 December 2004 (Rix LJ and Forbes J sitting as a Divisional Court of the Queen’s Bench Division of the High Court). (R (on the application of al Skeini and others) v. Secretary of Defence).

¹⁵⁶ TEDH, Gillan y Qinton c. Reino Unido, sentencia de enero de 2010, solicitud núm. 4158/05.

Por último, siempre en el contexto internacional, conviene enumerar cuatro instrumentos internacionales relevantes en el ámbito de la protección de los derechos del acusado y cuyos preceptos pueden resultar de gran utilidad para interpretar el contenido y alcance de los derechos de seguridad jurídica en los que están cimentados tanto la extradición como el enjuiciamiento: el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión¹⁵⁷, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos¹⁵⁸, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño¹⁵⁹.

A través de la determinación de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar, el presente trabajo de investigación busca hallar una herramienta legal que regularice y consiga homogeneizar, a nivel de garantías, el procedimiento de extradición y el enjuiciamiento de aquellas personas acusadas de la comisión de los más graves crímenes internacionales. De esta manera se ofrece una herramienta de lucha contra la impunidad que evite la formación de nuevos “negros agujeros legales”¹⁶⁰, garantizando así el respeto de aquellos derechos que, atendiendo al criterio de clasificación de derechos humanos expuesto al inicio, constituyen el grupo de los derechos de seguridad jurídica¹⁶¹.

¹⁵⁷ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

¹⁵⁸ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹⁵⁹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

¹⁶⁰ STEYN, J., “Guantanamo Bay: The legal black hole” (the 27th FA Mann Lecture, 25 de noviembre de 2003), reimpresión en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004, p.1.

¹⁶¹ La hipótesis de partida del planteamiento del presente trabajo es la naturaleza consuetudinaria del *aut dedere aut judicare* como mecanismo de lucha contra la impunidad y de garantía de los derechos de seguridad jurídica. Sin embargo, lo hace con un alcance limitado, exclusivamente con respecto al crimen de lesa humanidad. La estructura y procedimiento seguido para el desarrollo de esta investigación aspiran a proponer un modelo de referencia para abordar futuros análisis en torno a la naturaleza jurídica de este principio con respecto a otros delitos internacionales. Tanto el Relator Especial como el Grupo de Trabajo nombrado por Comisión de Derecho Internacional para esta cuestión han subrayado la importancia de esta tarea en la consolidación de este principio como un instrumento jurídico efectivo y respetuoso con los derechos humanos para la erradicación de los espacios de impunidad.

A nivel regional, el artículo 6 del CEDH reconoce el derecho a un proceso equitativo, mientras que es el artículo 8 de la **Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)** la que reconoce una serie de garantías inherentes al debido proceso.

Es menester introducir aquí brevemente algunas notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos.

En el ámbito regional interamericano, la Convención se erige como un instrumento jurídico complementario a los ordenamientos internos, comprehensivo de derechos y libertades que deben ser respetados y protegidos por los Estados parte¹⁶². En su artículo 7, reconoce el derecho a la libertad y seguridad en los mismos términos que se ha venido reconociendo tanto en el PIDCP como en el CEDH¹⁶³. Los artículos 8 y 9 desarrollan el reconocimiento a los derechos de seguridad jurídica. Mientras el primero se concentra en enumerar las garantías judiciales inherentes al debido proceso, el segundo reconoce el principio de legalidad.

El alcance de estos derechos en el ámbito de aplicación de la CADH se ha ido concretando a través de las opiniones consultivas y las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁴.

¹⁶² Artículo 1 de la CADH. La Convención se aplica a todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado Parte.

¹⁶³En este sentido, véase GARCÍA FALCONI, R., “Límites y alcance de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos” en *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, AMBOS, K., MALARINO, E., y ELSNER G., (editores), Fundación Konrad-adenauer-stiftung e.v, Montevideo, 2010, p. 344. No obstante existe un rico debate en torno a si los derechos contenidos en este instrumento se reconocen más ampliamente en la Convención Americana que en el CEDH. Para un estudio comparativo del alcance de los derechos contenidos en ambos instrumentos, véase CLAPHAM, A., *Regional Human Rights Bodies, en Human Rights Obligations of Non-State Actors, Academy of European Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 347-436; ALBANESE, S., *Algunas comparaciones entre los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos, Promoción y protección internacional de los derechos humanos, Rocca*, Buenos Aires, 1992, pp.142-164; BENVINDO, L., *Sistema europeo y sistema interamericano para la protección de los derechos humanos: un breve estudio comparado*, 2005 (citados, entre otros, en QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano...*p.323).

¹⁶⁴ La Corte Interamericana ha reiterado en su informe la obligación de los Estados de respetar los derechos de libertad y seguridad reconocidos en el artículo 7 del CADH, estableciendo “tan exhaustivamente como sea posible y de forma previa, las causas y de condiciones de la privación de libertad física”. Informe Anual 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 56. <http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/espanol.pdf>. Véase también el caso Torres Millacura c. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de agosto de 2011, serie C No. 229, párr. 69: “La Convención ha consagrado como principal garantía de la libertad y la seguridad individual la

La función jurisdiccional de la Corte posibilita la presentación de denuncias por violaciones de los derechos humanos reconocidos en este instrumento, a través de la Comisión o de los Estados parte. Este órgano cuenta con una avanzada y exhaustiva jurisprudencia que ha desarrollado tanto en el ejercicio de su función consultiva como en el ejercicio de su función jurisdiccional¹⁶⁵.

prohibición de la detención o encarcelamiento ilegal o arbitrario”. Sobre los límites del poder y el necesario respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, véase el caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C No. 4, párr. 154; caso Servellón García y otros c. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 86 y caso Cabrera García y Montiel Flores c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr.87. Para profundizar sobre el contenido y alcance de los derechos de libertad y seguridad según la CIDH (artículos 7 y 8 de CADH), véase GARCÍA FALCONI, R., Límites y alcance de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la corte interamericana...*op. cit.*, pp. 341-347, y en particular, el Informe Peirano Basso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2007, que reconoce como único fundamento legítimo de la prisión preventiva el peligro de que el imputado obstaculice la acción de la justicia, no aceptando, a diferencia del TEDH, una justificación basada en la peligrosidad del imputado o en el riesgo de que vuelva a delinquir en el entendido de que este argumento vulnera flagrantemente la presunción de inocencia.

Para un análisis exhaustivo del papel de la jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano en la delimitación del contenido del derecho al debido proceso (artículo 8), véase QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, capítulo cuarto: Los derechos humanos y del debido proceso en el sistema interamericano, apartados II y III, Tirant lo Blanch, Madrid, 2010. Esta autora, tras señalar que el 76% de las sentencias dictadas por la Corte entre 1987 y 2008 abordaban la cuestión del debido proceso, destaca 4 sentencias que considera esenciales para comprender el alcance de este derecho en el ámbito interamericano: caso Castillo Páez c. Perú, sentencia de 3 de enero de 1997; caso Loayza Tamayo c. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, caso Cantoral Benavides c. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 y caso Ivcher Bronstein c. Perú, sentencia de 4 de septiembre de 2001. Debe subrayarse también la reciente evolución de la jurisprudencia de este tribunal, que extiende las garantías contempladas en el artículo 8.1. a los supuestos en que alguna autoridad pública adopte decisiones que afecten tales derechos, teniendo en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero que sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria. (CIDH, Caso Barbani Duarte y otros c. Uruguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 119). En cuanto al contenido del principio de legalidad recogido en el artículo 9, éste se ha venido concibiendo y aplicando de manera reiterada por la jurisprudencia de la Corte como derecho interno (véase, por ejemplo CIDH, caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005 o el caso López Mendoza c. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 202), a pesar de que la redacción del artículo 9 se presta a interpretaciones más ambiguas que podrían amparar el principio de irretroactividad en el sentido del PIDCP o de la DUDH, según los cuales “nadie puede ser condenado por actos que al momento de su ocurrencia no constituirían infracción según el derecho nacional o internacional”. Para un análisis crítico de la construcción del principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte y el reconocimiento de los decretos leyes en sentido impropio dictados de manera totalmente antidemocrática e irrespetuosa de los cauces legales durante períodos convulsos en los países latinoamericanos, véase GUZMÁN DALBORA, J.L., “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, AMBOS, K., MALARINO, E., y ELSNER G., (editores), Fundación Konrad-adenauer-stiftung e.v, Montevideo, 2010, pp.171-192.

¹⁶⁵ La Corte, además de la función jurisdiccional clásica de atribuida a los órganos judiciales, también tiene una función consultiva desarrollada en el artículo 64 de la CADH destinada a asistir a los Estados y

El sistema de protección regional se completa con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 con un mandato de la OEA. Entre sus funciones se encuentran las de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y la de servir como órgano consultivo de la organización en este ámbito¹⁶⁶. La Comisión recibe denuncias de particulares que hayan agotado los recursos internos y comunicaciones de Estados que han ratificado la CADH y que han reconocido la competencia de la Comisión para examinar posibles casos de violaciones de derechos humanos. En tanto que en el presente sistema, la Corte solo podrá conocer de la presunta violación del derecho si dicha violación se lleva ante la misma a iniciativa de los Estados parte o de la Comisión¹⁶⁷, este órgano cumple con la importante función de posibilitar el acceso a la Corte, para que ésta conozca de su caso, del individuo cuyos derechos se han visto vulnerados.

En el marco del “Proceso de fortalecimiento” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el pasado 23 de marzo de 2013, la Asamblea General Extraordinaria de la OEA aprobó por aclamación una resolución que culmina un proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema, iniciado en abril de 2012, mediante la cual se reforma el Reglamento de la Comisión. A la luz del texto aprobado, hay razones para pensar que esta reforma tendrá una repercusión positiva en la consolidación y homogeneización del contenido, del alcance y de la protección de los derechos de seguridad jurídica en el ámbito interamericano¹⁶⁸.

órganos en el cumplimiento y aplicación de la Convención, los Tratados o las leyes internas sobre derechos fundamentales.

¹⁶⁶ Este órgano también realiza informes sobre la situación de los derechos humanos por países y sobre situaciones específicas que tienen un gran valor interpretativo de cara a la delimitación del alcance y contenido de los derechos reconocidos en la Convención. Para una clasificación de las tareas desempeñadas por la Comisión, véase VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

¹⁶⁷ Artículo 61 de la CADH.

¹⁶⁸ El “Proceso de fortalecimiento de la CIDH” se puso en marcha el 8 de abril de 2012 con la aprobación del “Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos” por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Doc núm. OEA/Ser.L/V/II, doc. 68 de 8 de abril de 2012. Disponible aquí. Consultado el 25/10/2013. La Resolución 1/2013 sobre la Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas. En este sentido, puede destacarse la reforma del artículo 25 sobre Medidas Cautelares, en la que se especifica y detallan los criterios a considerar a la hora de tomar una decisión sobre la adopción de medidas cautelares en un determinado supuesto.

Por último, en el mundo islámico y siguiendo el hilo del análisis realizado en esta misma sección, autores como Bassiouni afirman que el sistema penal islámico es capaz de garantizar la misma calidad en la justicia en términos del derecho al debido proceso y garantías específicas inherentes al derecho a un juicio justo, tal y como se articulan en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos¹⁶⁹.

Por su parte, el principio de legalidad, entendido como incluyente de la irretroactividad de la ley penal, del *nullum crime sine lege* y de la igualdad ante la ley se configura de tal manera en la Sharia que abarca también el respeto a la presunción de inocencia¹⁷⁰. También ha sido incorporado de manera expresa al artículo 9 de la CADH y al artículo 7 de la Carta Africana.

1.1.4. Deficiencias en la protección de los derechos humanos derivadas de la regulación de los Tribunales Internacionales

1.1.4.1. Omisiones en los Estatutos de los Tribunales Internacionales

Más allá de la cuestión de la inexistencia de una postura homogénea en el ámbito de los Tribunales internacionales o internacionalizados acerca de la delimitación del contenido de algunos derechos de seguridad jurídica, debe subrayarse que los Estatutos de estos órganos contienen algunas insuficiencias en materia de regulación de los derechos humanos. Entre ellas, en el contexto de esta investigación, es especialmente llamativa la omisión del derecho a no ser detenido o privado de libertad de manera arbitraria¹⁷¹, recogido en el artículo 9 del PIDCP.

¹⁶⁹ BASSIOUNI, C. , *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice...op cit.*, Véase también AL WATHA'EQ AL-DAWLIĀ AL-MĀcNEIA BI HUQUQ AL-INSĀN (2 vols., M. Cherif Bassiouni ed., Cairo, Egypt: Dar El Shorouk, 2003).

¹⁷⁰ Para profundizar sobre este principio en el derecho islámico véase AL-CAWWA, M.S., "The Basis of Islamic Penal Legislation", en *The islamic criminal justice system*, Oceana Publications, Roma, 1982; TAYMOUR KAMEL, *The Principle of Legality and Its Application in Islamic Criminal Justice*, en *The islamic criminal justice system*, Cherif Bassiouni, ed., New York, Praeger, 1982.

¹⁷¹ Como se verá más adelante, en el apartado de las detenciones ilegales, esta es una cuestión controvertida. Así, a pesar de que ningún Tribunal Penal Internacional aboga por el principio *mala captus bene detentus*, en la práctica estos órganos son bastante reacios calificar de ilegal un determinado modo

Podría argumentarse, no obstante, que esta omisión, al igual que las anteriores especificaciones, resulta superflua e irrelevante en tanto que las normas de derechos humanos vinculan directamente a estos tribunales, que, en última instancia son creaciones del derecho internacional¹⁷².

En particular, el vacío dejado por la ausencia de un artículo equivalente al 9.2 del PIDCP, regulador del derecho a ser informado, en el momento de la detención, de las razones de la misma, y de ser notificado, sin demora, de la acusación formulada contra el individuo en cuestión, parece haber sido colmado por la jurisprudencia internacional¹⁷³. La figura de la detención provisional, recogida en los estatutos de los

de detención e incluso, en el caso de que se califique como tal, de establecer graves consecuencias al mismo. El caso Dokmanovic es un ejemplo de ello: el Tribunal aceptó la personación del acusado, que había sido trasladado, bajo engaño, a territorio bajo control del UNTAES como lícito en tanto que no se habían violado los principios de derecho internacional ni la soberanía de la Ex Yugoslavia porque el arresto se realizó fuera de su territorio. TPIY, Fiscal c. Dokmanovic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-13^a, Auto sobre la solicitud de puesta en libertad de 22 octubre 1997, párr. 16-18. Véase también el caso Nikolic, en el que el acusado fue detenido en Bosnia por la SFOR (la Fuerza de Estabilización de la OTAN) tras haber sido trasladado allí mediante secuestro. El Tribunal de Primera Instancia entendió que, este hecho, en tanto que el secuestro no podía ser imputado a la SFOR, no violaba la soberanía nacional ni había sido realizado recurriendo a un tratamiento del acusado lo suficientemente grave como para invalidar la jurisdicción del tribunal en aplicación del derecho al debido proceso. TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-94-2-PT, Auto sobre el cuestionamiento de la jurisdicción del Tribunal por parte de la defensa, de 9 de octubre de 2009, párrs. 97- 115. Disponible [aquí](#). Consultado el 25/10/2013. Este auto, que realiza un recorrido por las manifestaciones del principio “mala captus bene detentus en las jurisdicciones domésticas”, ha recibido duras críticas por parte de la doctrina por su postura poco garantista de los derechos del acusado. SLOAN, J., “Prosecutor v. Dragan Nikolic: Decision on Defence Motion for Illegal Capture”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, p. 541, pp. 548-49.

¹⁷² Véase la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia, Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, Opinión Consultiva, 1980, p. 73, pp. 89-90.

¹⁷³ Sin perjuicio del esfuerzo clarificador realizado por el Comité en la citada Observación General 32, párrafo 31 en la que, al tratar los derechos de las personas acusadas de delitos reconoce que la garantía de ser informado sin demora de los cargos formulados contra una persona acusada se extiende incluso a las personas no detenidas. En referencia al artículo 9.2 define “sin demora”: tan pronto como una autoridad competente, con acuerdo a derecho interno, formule la acusación contra otra persona o la designe públicamente como sospechosa de haber cometido un delito. En el caso RWAMAKUBA, por ejemplo, el TPRI reconoció derecho a recibir una compensación como consecuencia de la violación de los derechos del acusado. En este caso, en tanto que el acusado fue posteriormente absuelto, se trató de una compensación económica, por la violación de su derecho a la asistencia legal y la falta de comparecencia ante un juez tras la detención. TPIR, Fiscal c. RWAMAKUBA, Sala de Apelaciones, caso núm. ICTR-98-44C-A, Decisión en apelación contra el auto sobre reparación adecuada de 13 de septiembre de 2007, párr. 23-31. El caso Kajelijeli también ha contribuido a definir los derechos del acusado. En este caso, la detención del acusado sin ser informado de los cargos que se le imputaban y la falta de comparecencia ante un juez tras la detención dio lugar a una reducción de la condena impuesta. TPIR, Fiscal c. Kajelijeli, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-98-44^a-A, sentencia de 23 de mayo de 2005, párr. 323.

distintos tribunales internacionales¹⁷⁴, consiste en el reconocimiento de la potestad de detener a un sospechoso por un período de tiempo no superior a 90 días, a solicitud de la Fiscalía, con carácter previo a la detención oficial y formulación de la acusación formal.

En repetidas ocasiones, los jueces de estos tribunales han afirmado entender este derecho a ser informado como incluido en la referida regulación estatutaria. Así, en el caso Barayagwiza, la Sala de Apelación del Tribunal Internacional para Ruanda consideró que la detención provisional del sospechoso durante 18 días sin que el detenido hubiera sido informado de las razones de la misma era constitutiva de una violación de su derecho a ser informado sin demora de los cargos que se le imputaban: *“He thus spent at most 18 days in detention without being informed of the reasons therefor. The Appeals Chamber considers that such a time period violates the Appellant’s right to be informed without delay of the charges against him”*¹⁷⁵.

En la práctica, sin embargo, la posición homogénea y garante del derecho a ser informado de los cargos en el momento de la detención sostenida por los órganos internacionales, se topa con las dificultades de una figura que se apoya, en la primera fase de su materialización, en las autoridades nacionales. Sin obviar la existencia de mecanismos de protección regionales en caso de vulneración de derechos fundamentales (Comité de Derechos Humanos, TEDH, CIDH, Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos e incluso ante los propios tribunales internacionales), las diferencias formales y materiales en el nivel de protección y respeto de los derechos humanos en los distintos ordenamientos jurídicos resulta en ocasiones problemática en tanto que condiciona el rol de garante de los derechos humanos de estos órganos.

¹⁷⁴ TPIY, RPE, Rule 40 bis; TPIR, RPE, Rule 40 bis; SCSL RPE, Rule 40 bis; STL Rule 63.

¹⁷⁵ TPIR, Fiscal c. Barayagwiza, caso núm. ICTR-97-19-AR72, Auto que resuelve la solicitud de revisión o reconsideración de la Fiscalía de 31 de marzo de 2000, párrs. 54 y ss; véase también TPIR, Fiscal c. Kajelijeli, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-98-44^a-A, sentencia de 23 de mayo de 2005, párrs. 226-227: *“The Appellant claims in this appeal that at the time of the arrest, he asked the Benin authorities as to the reasons for his arrest and was informed that he would find them out at a later date. The Prosecution failed to rebut this argument. Consequently, the Appeals Chamber finds that in the absence of any evidence on the contrary, the Appellant’s right to be informed of the reasons as to why he was being deprived of his liberty was not properly guaranteed”*.

Independientemente de que, a la hora de aplicar el derecho en el ámbito internacional esta omisión pueda neutralizarse a través de ejercicios interpretativos, la misma puede convertirse en una herramienta peligrosa para países que ya de por sí, postulan una concepción selectiva de la universalidad e inviolabilidad de los derechos humanos¹⁷⁶.

1.1.4.2. Inexistencia de remedios efectivos en caso de violación de derechos humanos

En cuanto al marco jurídico internacional, tanto los instrumentos internacionales como los regionales de protección de los derechos humanos reconocen el derecho a la indemnización en los casos de detenciones ilegales o de condenas por error judicial¹⁷⁷.

En el ámbito de la jurisprudencia internacional, las sentencias de los Tribunales internacionales para Ruanda y la Antigua Yugoslavia reflejan un gran cuidado a la hora abordar las cuestiones relativas al reconocimiento de derechos de compensación por la

¹⁷⁶ Con motivo del décimo aniversario de la apertura de la prisión de Guantánamo, Amnistía Internacional, en su línea de compromiso con la defensa de los derechos humanos, ha publicado un valiente informe en el que, haciendo un balance de la situación denunciada, presenta documentadamente una lista de 10 mensajes contrarios a los derechos humanos que Estados Unidos continúa emitiendo mediante el mantenimiento de esta situación, muchos de los cuales pertenecen a los derechos de seguridad jurídica que nos ocupan: 1. El mundo es un campo de batalla en una guerra global a la que no se aplican los derechos humanos; 2. El tratamiento humano de los detenidos es un una opción política, no una obligación legal; 3. Las detenciones que han sido declaradas ilegales por los Tribunales pueden continuar indefinidamente; 4. El derecho a un debido proceso depende de la nacionalidad y de la situación política nacional que rodee el caso; 5. La justicia se puede manipular para garantizar que el Gobierno se salga siempre con la suya; 6. La ejecución es aceptable, incluso si tiene lugar tras un juicio en el que no se respeten las garantías; 7. Se puede dejar a las víctimas de derechos humanos sin indemnización o resarcimiento; 8. Mirar hacia delante significa ignorar la verdad y permitir la impunidad, incluso en los casos de delitos de derecho internacional; 9. El respeto al carácter universal de los Derechos Humanos está condicionado al hecho de que los intereses nacionales no se vean afectados y 10. Prevalecen los estándares dobles sobre los universales. Esta organización alerta sobre las consecuencias de la inacción internacional ante estas violaciones flagrantes de los derechos humanos en la construcción del derecho internacional. Así, países como Mauritania, Etiopía, India y Arabia Saudí han comenzado a reelaborar su legislación antiterrorista siguiendo el ejemplo estadounidense recortando claramente las garantías procesales y permitiendo explícitamente en algunos casos (Mauritania) la prisión incomunicada y la tortura. AI, “USA, Guantánamo: a decade of damage to human rights and 10 anti-human rights messages Guantánamo still sends”, Índice AMR 51/103/2011, diciembre 2011. Disponible aquí. Consultado el 25/10/2013.

¹⁷⁷ Artículo 14.6 PIDCP; artículo 5.5. CEDH; artículo 10 CADH.

violación de derechos humanos¹⁷⁸. No obstante, algunos autores insisten en la necesidad de que esta valoración global positiva del respeto a los derechos procesales del acusado en el ámbito internacional no nos ciegue ante lo que constituye el principal defecto de este sistema: la inexistencia de remedios efectivos cuando se violan los derechos protegidos. Así, académicos como Zappalà, a la vez que reconoce que la inclusión del reconocimiento del derecho a la compensación a las víctimas de detenciones o condenas injustas en el artículo 85 Estatuto de la CPI supone un avance, critican el hecho de que los tribunales *ad hoc* y las Naciones Unidas no estén sometidas a ningún sistema de control externo para los casos de violaciones de derechos humanos¹⁷⁹.

1.1.4.3. Obstáculos al rol pedagógico y de promoción de los derechos humanos en la regulación de los Tribunales Internacionales

El mal uso de los Tribunales como plataforma de difusión de ideas contrarias a los derechos humanos.

Por último, conviene hacer referencia a los problemas que, de cara a la promoción de los derechos humanos, plantea la regulación del proceso penal internacional. Hasta ahora, ha prevalecido en este contexto el sistema de *common law*, caracterizado por una

¹⁷⁸ Como ejemplo, cabe destacar la decisión del Tribunal de Apelación del Tribunal Internacional para Ruanda que afirmó que en caso de violaciones graves de los derechos del acusado, se le deberá reconocer un derecho a ser compensado. TPIR, Fiscal c. Barayagwiza, caso núm. ICTR-97-19-AR72, Auto que resuelve la solicitud de revisión o reconsideración de la Fiscalía de 31 de marzo de 2000, párr. 75.

¹⁷⁹ ZAPPALÀ, S., “Respect for Human Rights in International Criminal Proceedings” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 489. Quizás, un tribunal global de derechos humanos podría ofrecer una posible solución a esta deficiencia. Se trata esta de una iniciativa puesta en marcha en 2011 por un grupo de juristas expertos en derechos humanos que rescata una propuesta que fracasó en los años 40. Entre ellos, Theodor Meron y Mary Robinson, ex Alta Comisionada de Derechos Humanos. “Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights”, 2011 Report, véase la propuesta aquí. Entre los detractores de esta propuesta por considerarla inapropiada para enfrentarse a los desafíos actuales en el marco de las violaciones de derechos humanos, encontramos a Philip Alston. ALSTON, P., “Against a World Court for Human Rights”, *Ethics and International Affairs* (2014), Working Paper núm 13-71, octubre 2013. Incluso Antonio Cassese, internacionalista constructivista por definición, descartó en su última gran publicación por considerar demasiado ingenuo pensar que los Estados someterían sus relaciones domésticas con individuos en su territorio a un control judicial internacional vinculante”. CASSESE, A., “A Plea for a Global Community Grounded in a Community Grounded in a Core of Human Rights” en *Realizing Utopia, The future of International Law*, Ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, 2012, p. 141. Traducción de la autora.

estructura bipolar del proceso en el que cada una de las partes construye su caso reuniendo las pruebas que luego se presentan ante un juez que se ha mantenido completamente al margen sin ejercer ningún control sobre la investigación (sistema adversarial¹⁸⁰).

La incorporación de este modelo otorga al acusado la posibilidad de utilizar el juicio como plataforma para difundir ideas que pueden ser contrarias al respeto de los derechos humanos y que pueden encontrar oyentes receptivos, especialmente cuando se trata de ideas articuladas por individuos carismáticos¹⁸¹.

Las sentencias negociadas¹⁸²

Por otro lado, en este sistema, cuando el acusado se declara culpable de los cargos que se le imputan, automáticamente desaparece la posibilidad de practicar y, por lo tanto de hacer públicas, las pruebas incriminatorias con el coste pedagógico y de prevención general negativa que ello implica. Además, paralelamente, se está desarrollando en estos tribunales una tendencia que induce al acusado a aceptar los cargos, evitar los juicios y fomentar la negociación.

De consolidarse, las “sentencias negociadas” permitirían a los enemigos de la justicia internacional tacharlas de estar manipuladas por motivos políticos, disminuyendo la efectividad del mensaje lanzado por estos tribunales mediante la puesta en duda de su autoridad moral. Y siguiendo el hilo del argumento anterior, cabría añadir que también se despojaría a estos Tribunales de la capacidad de promover, a través de su aplicación y difusión, el respeto a los derechos de seguridad jurídica, objeto de este apartado.

¹⁸⁰ En general sobre la naturaleza inquisitiva o adversarial del proceso penal internacional, véase AMBOS, K., ¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 7, 2004, pp. 5-56.

¹⁸¹ DIMITRIJEVIC, V., Justice must be done and be seen to be done: the Milosevic trial, *East European Constitutional Review*, EUA, vol.11, núm. 1-2, 2002, pp.59-62.

¹⁸² Para un análisis profundo sobre la realidad de las sentencias negociadas en el contexto de la justicia internacional, véase AMOURY COMBS, N., “Procuring guilty pleas for international crimes: the limited influence of sentence discounts”, *Vand. L. Rev.*, vol. 59, núm 1, 2006, p. 69

Sin embargo, aunque ésta haya sido la tónica dominante en los tribunales internacionales *ad hoc* para Ruanda y la Ex Yugoslavia, la configuración de los artículos reguladores del proceso en el Estatuto de Roma¹⁸³, junto con las voces críticas de la doctrina que defienden el modelo inquisitivo y la investigación única y oficial como garante de los derechos del procesado, empiezan a sugerir un posible cambio estructural en el proceso penal internacional¹⁸⁴.

¹⁸³ En este sentido, el artículo 65 establece que la declaración de culpabilidad no es suficiente, en sí misma, para dictar una sentencia condenatoria. Por lo tanto, los derechos de defensa o garantías procesales incluyen protección frente al propio acusado en tanto que la Sala de Primera Instancia tiene la obligación de verificar que “el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad”, “la declaración ha sido formulada voluntariamente” y “la declaración de culpabilidad esté corroborada por los hechos de la causa”. Más aún, según el apartado 3 de este artículo, la protección frente a las sentencias negociadas va más allá en tanto que la Sala, “de constatar que no se cumplen las condiciones a que se hace referencia en el párrafo 1, tendrá la declaración de culpabilidad por no formulada y, en ese caso, ordenará que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario (..)”.

¹⁸⁴ El profesor MIRJAN DAMASKA defiende el modelo inquisitivo frente al adversarial existente desde la perspectiva del rol pedagógico y de publicidad que necesariamente debe asumir la justicia penal internacional, subrayando la importancia de su papel en el respeto de los derechos humanos. Sin dejar de ser consciente de las críticas que recibirá por esta, subraya la importancia de que al menos se abra el debate acerca de los objetivos que debe perseguir la justicia penal internacional, cuyas conclusiones deben inspirar la estructura del proceso penal internacional: “(...) greater clarity about the goals of international criminal justice is a precondition for the confident assesment of international criminal procedure”. DAMASKA, M., “Problematic Features of International Criminal Procedure in International Criminal Proceedings” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 176-186.

CAPÍTULO II - GARANTÍAS DERIVADAS DEL PROCESO DE EXTRADICIÓN O DE LA EXTRADICIÓN OFICIAL: CONSIDERACIÓN DE LA OPCIÓN DE ENTREGA A TRIBUNAL INTERNACIONAL Y LA EURO-ORDEN

2.1. La extradición oficial

2.1.1. Evolución de la figura y desafíos

El concepto, alcance y naturaleza jurídica de la extradición representan tres polémicos debates en el ámbito del derecho procesal internacional.

Sin perjuicio del análisis que se llevará a cabo en profundidad en el Capítulo III sobre el contenido y alcance de la obligación de extraditar como parte de la cláusula alternativa objeto de esta tesis, a los efectos de este apartado, se tomará como punto de partida la definición que Claire Mitchell hace de la extradición en su trabajo sobre la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar:

“El uso común de esta palabra hace referencia a la entrega de una persona a otro Estado con el fin de que este Estado juzgue al acusado. Esto se hace normalmente de acuerdo con una solicitud realizada en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre los dos Estados, regulando la manera en la que se debe llevar a cabo la entrega. Normalmente, el proceso incluye la revisión judicial de la solicitud de extradición y de las condiciones en las que la entrega ha de tener lugar, con el fin de asegurar el respeto a los derechos humanos del acusado¹⁸⁵”.

¹⁸⁵ MITCHELL, C., “2. The scope and operation of the obligation“, en *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law* («Cahiers», no2), 2009, cap. 2, párr. 8. Para un recorrido histórico por los orígenes de la figura de la extradición véase PUENTE EGIDO, J., “La extradición, problema complejo de cooperación internacional en materia penal”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 15, 2000, pp. 205-236. Véanse las páginas 205-210.

El reconocimiento del necesario respeto a los derechos humanos como elemento definitorio de la extradición que encierra esta definición, aunque incuestionable en la actualidad, no ha estado siempre presente en la configuración de este instrumento¹⁸⁶.

Es importante subrayar desde el principio las diferencias estructurales y de fundamentación existentes entre la institución de la extradición y otros procedimientos de “extradición especial” como la entrega a tribunales internacionales o la Euro-orden, ya que en ocasiones, éstas pueden ser percibidas como diferencias en el reconocimiento y protección de las garantías procesales y derechos humanos¹⁸⁷.

Como punto de partida, conviene destacar que el control judicial de la extradición, históricamente otorgada o denegada por razones políticas¹⁸⁸, se ha ido generalizando¹⁸⁹.

¹⁸⁶ ROVIRA, A., *Extradición y derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 25; GARCÍA SÁNCHEZ B., *La extradición en el ordenamiento jurídico español, internacional y comunitario*, Ed. Comares, Granada, 2005, p.145; VILLAGRÁN KRAMER, F., “¡Mala captus, bene detentus! El secuestro y la extradición irregular a la luz de los derechos humanos y del derecho internacional”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 23, 1996, p.11.

¹⁸⁷ Las figuras de la entrega a tribunales internacionales y la Euro-orden serán brevemente analizadas en los apartados 1.2.2 y 1.2.3.

¹⁸⁸ De hecho, hasta finales del siglo XIX podían encontrarse sentencias dictadas por tribunales europeos que se inspiraban en el carácter de “poder regaliano” de esta figura que se había consolidado en las Monarquías europeas de la Edad Moderna: «Attendu que les traites d'extradition sont des actes de droit public et de haute administration... que d'ailleurs, le gouvernement qui fait arrêter sur son territoire le prévenu d'un crime ou d'un délit commis sur un autre territoire et le livre á la puissance qui le lui rédame, use d'un droit qu'il puisse non dans les traites qu'il a pu conclure, mais dans la propre souveraineté et reste libre d'accorder l'extradition...» Cour de Cassation, 3 de Agosto 1883. Chambre Criminelle, No. 197, citado en PUENTE EGIDO, J., *La extradición, problema complejo de cooperación internacional...op. cit.*, nota al pie 2. En efecto, si retrocedemos al origen de esta figura, podemos encontrar en los escritos de Juan Bodino que el fundamento de la extradición era evitar causar a otro Estado soberano el daño que se derivaría del impedimento de ejercer su jurisdicción, en tanto que derecho reconocido por las leyes de Dios y de la naturaleza, sobre un fugitivo. BODIN, J., *The Six Books of a Commonwealth*, p. 359, K.McRae ed, 1962, citado en BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, 1995, p. 38. Grocio va un paso más allá del razonamiento de Bodino que se centra en la devolución del fugitivo a “su soberano” y afirma que la nacionalidad del delincuente es irrelevante para la aplicación de esta norma. Es el daño causado en el territorio de un Estado lo que legitima al mismo para ejercer su jurisdicción sobre el responsable, según Grocio, ya que nace con el daño un derecho para el Estado de castigar al responsable. La extradición surge así para este autor como alternativa a la obligación de castigar que surgiría para el Estado que encuentra en su territorio al delincuente. GROCIO, H., *De iure belli ac pacis*, Libro II, capítulo XXI, párr. iv, p. 529, citado en BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, 1995, p. 38-39. Por último, Vattel también se suma a la visión grociana de concebir la extradición como una fórmula para evitar incurrir en responsabilidad del Estado por acciones de individuos privados, en caso de no proceder al castigo. VATTEL, E., *The Law of Nations*, Libro II, Cap. VI, pp. 136-137, citado en BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, 1995, p. 40-41. Para profundizar sobre el origen de la figura de la extradición véase GARCÍA BARROSO, C., *Procedimiento de extradición*, Colex, Madrid, 1988.

Esta tendencia, responde, entre otras cosas, al reconocimiento internacional de los derechos humanos¹⁹⁰, cuya garantía requiere una intervención por parte de los órganos judiciales a fin de impedir el destierro o la expulsión arbitraria de un extranjero, las extradiciones encubiertas no respetuosas de las garantías procesales y derechos humanos¹⁹¹, el secuestro¹⁹² o la denegación injustificada de la solicitud de extradición que ampara la impunidad¹⁹³.

Todas estas conductas, a pesar de estar prohibidas por el derecho internacional¹⁹⁴, se han venido perfilando con demasiada frecuencia como alternativas a la extradición. Esto

¹⁸⁹ Esta homogeneización aún está lejos de ser conseguida, tal y como pone de manifiesto Plachta, ya que los procedimientos de extradición a nivel nacional van desde procesos administrativos, judiciales o mixtos a procesos *sui generis*. Por ello, recomienda que los esfuerzos se centren en consolidar un núcleo duro de derechos del acusado en lugar de intentar proponer un sistema procedimental homogéneo. PLACHTA, M., “Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle *aut dedere aut judicare*”, 114th International Training Course, Visiting experts papers, Resource material series No. 27, 2001, p.69. Disponible aquí.

¹⁹⁰ El reconocimiento internacional de los derechos humanos, y en particular de los derechos de seguridad jurídica, ha sido analizado en el capítulo 1.

¹⁹¹ A pesar de que por un lado, la doctrina más especializada ha sostenido que la utilización de las leyes de inmigración y de los procedimientos regulados en ellas con el fin de posibilitar procesos de extradición encubiertos a través de la expulsión, aunque abusiva, no puede ser considerada “ilegal per se” en tanto que el procedimiento, aunque impropio, está regulado por el derecho administrativo (BASSIOUNI, M.C, *International Extradition: United States Law and Practice*, Oxford University Press, Oceana, New York, 2007, pp.203-204), otros autores como García Sánchez matizan esto declarando que “es incompatible con el respeto a los derechos humanos soslayar el procedimiento de extradición consiguiendo la entrega por vía indirecta de expulsión o por el secuestro con infracción de las normas de Derecho internacional. (GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 145). En estos casos, el Estado quiere evitar la aplicación del derecho extradicional y las garantías inherentes al mismo en tanto que su respeto podría tener como resultado la imposibilidad de ejecutar la extradición. El ejecutivo recurre entonces a la utilización abusiva de un procedimiento administrativo, mucho menos garantista, no diseñado para estos supuestos. En el contexto americano, la doctrina lleva más de 50 años criticando este fenómeno. Véase, por ejemplo, ALONA E. EVANS, *The Political Refugee in United States Immigration Law and Practice*, 3 *Int'l Law J* 204, 1969, citado en *Supra* Bassiouni; STEIN, T., “Rendition of terrorists: Extradition vs. Deportation”, *Israel yearbook on Human Rights*, vol. 19, 1989, pp. 284-295. En el ámbito internacional, el caso Soblen en 1962 y el caso Klaus Barbie en 1983, son dos de los ejemplos más claros de la utilización de esta figura para expulsar a un extranjero cuya extradición, por la naturaleza política de los delitos que se le imputaban, podía resultar problemática. Véase O’HIGGINS, P., “Disguised Extradition: The Soblen Case”, *MOD. L. Rev.*, vol. 27, 1964, p. 521.

¹⁹² Este problema será abordado en profundidad en el apartado 1.4.

¹⁹³ Esta cuestión es el objeto de estudio del apartado 2 de este capítulo.

¹⁹⁴ El artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prohíbe el destierro y la detención arbitrarios; el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la expulsión

ha sido permitido, entre otras cosas, por la indeterminación de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar. O dicho de otra forma, la definición del alcance y contenido de la obligación de extraditar o juzgar podría revelarse como un instrumento clave para resolver por un lado, el debilitamiento de la figura de la extradición como resultado del expansionismo de los motivos para su denegación¹⁹⁵ y por otro, la violación de derechos humanos inherentes a todos aquellos procesos extradicionales no oficiales.

Una vez tomada la decisión de extraditar al sospechoso de un delito a otro Estado que, habiéndolo requerido, tenga jurisdicción para conocer del caso, se activan automáticamente una serie de garantías cuyo respeto, en tanto que se trata de un procedimiento regulado, judicializado y oficial, es más fácil controlar.

En este apartado se analizarán las implicaciones de la configuración tradicionalmente convencional (bilateral o multilateral) de la figura de la extradición en el reconocimiento de derechos y garantías procesales a los individuos objeto de la extradición.

2.1.2. Derechos y garantías inherentes a la extradición oficial

Existen numerosas clasificaciones de los derechos y garantías de las que goza el individuo en el marco de un proceso oficial de extradición¹⁹⁶. Como se ha avanzado, el

arbitraria de un extranjero y obliga al Estado a que el extranjero pueda someter su caso a revisión “ante la autoridad competente”; el artículo 3 de la Declaración Universal reconoce el derecho a la libertad y el 10 articula el derecho a un juicio justo, derechos que se ven violados en los supuestos de secuestros, extradiciones encubiertas y detenciones ilegales.

¹⁹⁵ En este sentido se pronuncia el profesor Plachta: “Esta tendencia preocupa a muchos agentes del Estado y a personas directamente involucradas en el proceso de extradición que temen que, en caso de mantenerse y reforzarse, la continua expansión de estas excepciones, defensas y exclusiones pueden, a largo plazo minar este mecanismo y frustrar los esfuerzos dirigidos a traer a los delincuentes fugitivos ante la justicia. PLACHTA, M., “Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare”, 114th International Training Course, Visiting experts papers, Resource material series No. 27, 2001, p. 69. Disponible aquí. Traducción de la autora.

¹⁹⁶ Sin perjuicio del consenso al que se ha ido llegando a través de Tratados de extradición y evoluciones en las legislaciones nacionales, se siguen encontrando variaciones en el alcance y contenido de estos principios de una legislación a otra. Sobre las distintas clasificaciones para abordar el estudio en el ámbito español, véase GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Ed. Comares, Granada, 2005, Cap IV.

fin último de esta protección es evitar las extradiciones arbitrarias y asegurar, en el caso de las que procedan legalmente, el respeto de los derechos fundamentales del individuo objeto de un proceso de extradición¹⁹⁷.

A los efectos del presente trabajo, se abordará el estudio de los derechos y garantías inherentes a la extradición desde la concepción de Bueno Arús, que señala que “se ha de ver en la extradición no sólo una institución que colabora a los fines de la *defensa social*, sino también una figura propia del *Estado de derecho* y su finalidad garantizadora¹⁹⁸”.

En tanto que el principio englobado en la función de defensa social constituye la parte fundamental de esta tesis (*aut dedere aut judicare*), en este apartado se enunciarán los principios generalmente aceptados, en Derecho Internacional, como inherentes a la extradición en su faceta de figura garantizadora del Estado de Derecho y por ende, protectora de uno de sus pilares: los derechos de seguridad jurídica.

¹⁹⁷ La humanización del derecho internacional y el consiguiente aumento del protagonismo de los derechos humanos en este ámbito ha sido abordado al inicio de este capítulo. Esta humanización también se ha trasladado al campo de la extradición y explica el creciente interés de la doctrina por la relación entre los derechos humanos y la extradición, que en los últimos 30 años ha dado lugar a una prolífica literatura sobre esta cuestión. Véase BASSIOUNI, M.C, *International Extradition: United States Law...op. cit.*, p.43; Véase también DUGARD, J., VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights”, *AJIL* vol. 92, núm. 2, 1998, pp. 187-212; VAN DEN WYNGAERT, C., “Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandoras Box?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 39, 1990, p. 757; LAGODNY, O., REISNER, S., “Extradition Treaties, Human Rights and “Emergency Brake“-Judgments: A comparative European Survey”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1994, p. 237-297; LAGODNY, O., SCHOMBURG, W., “International Cooperation in Criminal Matters and Rights of the Individual from a German Perspective”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 2, p. 379, 1994; SWART, A.H.J., “Human Rights and the Abolition of Traditional Principles” en A. Eser, O. Lagodny (eds.) *Principles and Procedures for a new Transnational Criminal Law* 505, 1992; GILBERT, G., *Aspects of Extradition Law*, pp. 79-93 (1991); GANE, C.H.W., “Human Rights and International Cooperation in Criminal Matters”, en P.J. Cullen and W.C. Gilmore (eds) *Crime Sans Frontieres* 186 (1998), citados en PLACHTA, M., “Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle *aut dedere aut judicare*”, 114th International Training Course, Visiting experts papers, Resource material series No. 27, 2001, p.69. Disponible aquí. En referencia a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en material de la interpretación y aplicación de las normas que regulan la extradición, el professor Cuerda Riezu ha advertido del peligro de confundir el respeto a los derechos fundamentales con una falta de sensibilidad en relación con la persecución, y en su caso, castigo de la delincuencia. CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la euro orden de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, p.51.

¹⁹⁸ BUENO ARÚS, F., *Nociones básicas sobre la extradición*. Prólogo del compendio “Tratados de extradición”. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1988. Citado por Cezón González C., *Derecho Extradicional*, Dykinson, Madrid, 2003, p.25. Cursivas añadidas.

Los derechos de seguridad jurídica de la persona objeto de la extradición se protegen mediante la aplicación de lo que, siguiendo la pedagógica división llevada a cabo por García Sánchez, pueden clasificarse en principios básicos y otros principios¹⁹⁹.

Entre los primeros, podemos hallar el principio de legalidad (que incluye el derecho al debido proceso y la irretroactividad de los tratados), el principio de doble incriminación, el *minimis non curat praetor* o principio de mínima gravedad²⁰⁰, el principio de especialidad²⁰¹ y el principio de no entrega de nacionales²⁰². En el segundo grupo se incluyen el principio de competencia, el principio *ne bis in ídem*²⁰³, el principio de no entrega por delitos políticos o infracciones administrativas y el principio de no entrega por riesgo de torturas o pena de muerte²⁰⁴.

Uno de los problemas principales de la figura de la extradición es que el reconocimiento de muchas de estas garantías no se traduce en una aplicación real de las mismas.

¹⁹⁹ GARCÍA SÁNCHEZ B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Ed. Comares, Granada, 2005.

²⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., y GONZÁLEZ DE AMEZÚA, C., “Algunos problemas de la extradición en el Derecho Penal español”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, Tecnos, pp. 123-125.

²⁰¹ La Decisión Marco relativa a la euro-orden define el principio de especialidad como aquel en virtud del cual “la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega”. Supra 3, artículo 27.2.

²⁰² Si bien es cierto que empiezan a consolidarse tendencias en ámbitos regionales como la Unión Europea que rechazan el reconocimiento de este principio como configurador de la figura de la extradición, a nivel global sigue siendo un principio muy presente. Así lo viene denunciando reiteradamente la doctrina. Véase, PLACHTA, M., “(Non-) extradition of nationals: a neverending story?”, *Emory International Law Review*, vol. 13, 1999, pp. 77-159, DUGARD, J., VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights...*op. cit.*”, p. 201; DEEN-RACSMÁNY, Z., “A New Passport to Impunity? Non-Extradition of Naturalized Citizens versus Criminal Justice,” *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 761-784. En España, Pérez Manzano, conecta la concepción soberanista de la extradición con su propia existencia como principio rector de la extradición. PÉREZ MANZANO, M., “La extradición: una institución constitucional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 2004, pp. 213-243, p. 215.

²⁰³ Recogido en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

²⁰⁴ Sobre esta cuestión véase DUGARD, J., VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights”...*op. cit.*, apartado IV, “Which Human Rights Obstruct Extradition?”, pp.195-206. En este capítulo, los autores realizan un análisis en el que intenta dilucidar qué derechos humanos deben gozar de prioridad sobre los acuerdos de extradición e incluso sobre el derecho extradicional nacional. En tanto que la construcción de estos derechos será estudiada en profundidad en el contexto de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar junto con los principios comunes al enjuiciamiento y la extradición y los principios definitorios de la extradición, en este apartado solo se procederá a su enunciado.

Algunos autores consideran que la extradición sigue estando a día de hoy concebida como una práctica institucional entre y para el beneficio de los Estados, no contemplando apenas los derechos de los individuos, considerados objetos en este procedimiento²⁰⁵.

El problema principal que se deriva de esta concepción es que el individuo, sujeto del procedimiento de extradición, no puede exigir a ninguno de los Estados implicados la observancia de la práctica consuetudinaria y principios internacionalmente reconocidos de derecho extradicional²⁰⁶.

Yendo un paso más allá, en tanto que los Tratados de extradición son tradicionalmente vistos como acuerdos interestatales cuyo cumplimiento solo puede ser exigido por los Estados parte, en ausencia de denuncia por parte del Estado agraviado, el individuo objeto de la extradición carece de legitimación activa para denunciar el incumplimiento del Tratado, que en ocasiones se puede traducir en violación de sus derechos humanos²⁰⁷.

Existen, sin embargo, casos en los que se ha reconocido que un individuo que ha sido extraditado en aplicación de un Tratado, está legitimado para manifestar aquellas objeciones afirmadas por el Estado requerido²⁰⁸.

Si bien la primera postura doctrinal ha sido tradicionalmente la dominante, desde hace unos años, ha ido surgiendo una tendencia hacia el reconocimiento del carácter

²⁰⁵ BASSIOUNI, M.C, *International Extradition: United States Law and Practice*, Oxford University Press, Oceana, New York, 2007, p.38. Este autor reconoce y lamenta que el individuo objeto de la extradición siga siendo considerado un objeto del procedimiento. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General I*, Ed. Tecnos, Madrid 2004, p. 275: “La extradición es una forma de cooperación o entreayuda judicial internacional y no una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado que la concede”. También en el ámbito académico español prevalece la tendencia a considerar la extradición como una práctica entre Estados, en la que el individuo actúa como objeto de la misma. En este sentido se manifiestan también JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, II*, 3ªed., p.884, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal internacional e internacional penal, II*, pp.193-194; RODRÍGUEZ DE VESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General* 18ª ed., 1995, p.238.

²⁰⁶ BASSIOUNI, M.C, *International Extradition: United States...op. cit.*, pp. 37-38.

²⁰⁷ Este principio fue afirmado en EEUU, en el caso *US v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506, 1533 (S.D. Fla 1990): “as a general principle of International law, individuals have no standing to challenge violations of International treaties in the absence of protest by a sovereign involved”.

²⁰⁸ *United States c. Puentes*, 50 F.3d 1567, 1573-74 (11th cir.1995).

ejercitable de los derechos en el proceso de la extradición por parte de la persona reclamada²⁰⁹.

No obstante, independientemente de la evolución en las legislaciones nacionales del papel del individuo objeto de extradición, tanto el derecho internacional de extradición, a través de sus principios configuradores, como el derecho internacional de los derechos humanos, confieren al individuo derechos exigibles a cualquiera de los Estados involucrados en el proceso, mediante el recurso a los sistemas de protección de derechos humanos internacionales o regionales analizados.

Debe subrayarse que la violación de estos derechos reconocidos en instrumentos regionales por los Estados firmantes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos²¹⁰ y de las Libertades Fundamentales, o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹¹ solo da lugar a una indemnización por daños, sin llegar a invalidar el acto ilegítimo perpetrado por el Estado. Esta situación evidencia una vez más el carácter deficiente de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. A ello se une la protección de la soberanía nacional por parte de los Estados, que en ocasiones pervierte el significado de la inviolabilidad del poder

²⁰⁹ El profesor Antonio Cuerda Riezu se refiere a esta evolución de una manera muy gráfica: “La inicial relación bilateral o bidimensional entre los Estados se amplía a una relación triangular en la que queda incluida la persona reclamada, convirtiéndose en un extraño *ménage a trois*”. CUERDA RIEZU, A., La extradición y la orden europea de detención y entrega. 41-60, Revista CENIPEC, 25.2006, Enero-diciembre, p.45.

²¹⁰ El artículo 5.1.c. del Convenio Europeo, al regular el derecho a la libertad y a la seguridad articula la posibilidad de privar a una persona de libertad, para hacerle comparecer ante al autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción. Entre los derechos que se le reconocen a la persona que está en esta situación podemos encontrar el “ser conducida sin dilación a la presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento”. El apartado 1.f. se refiere específicamente a la posibilidad de privar de libertad a alguien contra el cual esté en curso un procedimiento de extradición. Esto hace difícil la aplicación extensiva de los derechos que, enumerados en el apartado 3, parecen reconocerse específicamente a aquellas personas detenidas para ser juzgadas.(apartado 1.c). No obstante, el derecho a ser informada de los motivos de la detención y de cualquier acusación formulada contra ella, el derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial para que se pronuncie en breve plazo sobre su privación de libertad y el derecho a una reparación en caso de ser víctima de una detención contraria a las disposiciones de este artículo son de aplicación general a todos los supuestos de detención, incluyendo la detención para extradición.

²¹¹ Artículo 7, en términos similares, se reconoce el derecho a la libertad personal y el derecho de la persona detenida o retenida a ser llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y de ser juzgada en un plazo razonable o ser puesto en libertad. También se regulan las garantías procesales y el principio de legalidad. El artículo 63 se refiere a la indemnización como única consecuencia que se deriva de la violación de los derechos reconocidos.

estatal utilizándose, a través de una regulación *sui generis* de la figura de la extradición, para evitar la efectiva aplicación de los derechos humanos.

Resulta curioso notar que mientras el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un Tratado de extradición que resulte en la violación de los derechos del individuo objeto de la misma, no constituye, *per se*, una violación del derecho internacional, si ese incumplimiento vulnera los derechos reconocidos a terceras partes en virtud del tratado, sí estaríamos ante una violación del derecho internacional²¹².

2.1.3. Evolución del rol de los derechos humanos y las garantías procesales en el proceso de extradición

Al formular la obligación de extraditar o juzgar en los Convenios de Ginebra de 1949, se evitó la utilización del término “extradición” porque se consideró que su ejecución podía ser problemática²¹³, y fue sustituido por “entrega”²¹⁴.

La entrega se condicionó a que se cumpliera con el requisito *prima facie*, propio del sistema anglosajón (*common law*), que exige que se acompañe a la solicitud de extradición indicios que determinen la posible implicación del reclamado en el delito que se le imputa. Este requisito tiene como finalidad garantizar la igualdad de

²¹² EEUU ha defendido el carácter interestatal del proceso de extradición en perjuicio de la capacidad de la persona objeto de la extradición para denunciar la violación de sus derechos humanos en el marco del mismo. En este sentido, el argumento esgrimido por el Tribunal en el caso *Jaffe v Boyles* en el que Jaffe fue secuestrado estando en Canadá por agentes privados estadounidenses y llevado a EEUU, se basa en que el tratado de extradición solo genera obligaciones para los Estados parte sin que la persona objeto de la extradición tenga reconocida la capacidad para denunciar la violación de sus derechos como consecuencia del proceso de la extradición. GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition and other mechanisms, International Studies in Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, pp. 342, en referencia al caso *Jaffe c. Boyles*, 616, F.Supp 1371 (1985).

²¹³ Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II-B, pp. 116-117. Disponible aquí. Consultado el 26/10/2013.

²¹⁴ En concreto y en idioma original, se formula de la siguiente manera: “handing such persons over for trial to another High Contracting party concerned, provided such other High Contracting party has made out a *prima facie* case”. *Id.* p. 162.

tratamiento de todas aquellas personas que hayan de comparecer ante un tribunal de justicia²¹⁵.

La introducción de esta exigencia tiene una doble lectura: por un lado es evidente que la elección del término responde al interés en facilitar o simplificar la extradición, en tanto que sería más fácil para un Estado presentar pruebas constitutivas de un caso *prima facie* y conseguir así la entrega, que someterse a las más complejas normas de la extradición en virtud de las cuales se corre el riesgo de que la petición sea denegada. Por otro lado, la introducción del requisito *prima facie* puede interpretarse como un aumento de las garantías, en tanto que introduce una valoración judicial en el proceso de la extradición (o entrega), que deja de ser un procedimiento controlado exclusivamente por el poder ejecutivo.

En cualquier caso, no puede obviarse el papel cada vez más importante que han ido adquiriendo los derechos humanos en los procesos de rendición, extradición o entrega, convirtiendo la mera consideración de si estamos ante un caso *prima facie* para conceder la extradición en insuficiente²¹⁶.

La consolidación de “la existencia de motivos razonables para creer que la persona cuya extradición se solicita, en caso de ser extraditada, se enfrenta a un riesgo real de ser sometida a tortura o tratos inhumanos o degradantes”, como estándar mínimo para justificar la denegación de la extradición en base a una posible vulneración de derechos humanos, es un reflejo más de la cristalización de los mismos como elemento esencial de la figura de la extradición. Este estándar, que se definió en el caso Soering²¹⁷ por el

²¹⁵ GARCÍA BARROSO, C., *Procedimiento de extradición...op. cit.*, p. 96.

²¹⁶ DUGARD, J., y VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights...op. cit. Para una visión de la evolución en el reconocimiento de estos derechos en el ámbito europeo y español véase PÉREZ MANZANO, M., “La extradición: una institución constitucional...op. cit.

²¹⁷ TEDH, Asunto Soering c. Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989, solicitud núm. 14038/88. Este estándar vuelve a confirmarse en el caso Klein. TEDH, Asunto Klein c. Russia, sentencia de 1 de abril de 2010, solicitud núm. 24268/08. En el mismo sentido, en el célebre caso del clérigo musulmán Abu Qatada, la posibilidad de ser víctima de torturas y no disfrutar de un juicio justo motivó que el Reino Unido, incluso contraviniendo una decisión previa del TEDH, frenara su deportación a Jordania. GERANMAYER, E., “Abu Qatada wins appeal against deportation”, en *ilawyerblog*, 12 de noviembre de 2012. Disponible aquí. Consultado el 26/10/2013. Sobre el riesgo de ser sometido a torturas o tratos inhumanos como excepción a la extradición se han escrito ríos de tinta. Véanse, a modo de ejemplo, los siguientes trabajos: SCHNEIDER, J., “La jurisdicción del tribunal europeo de derechos humanos en casos de extradición a propósito del caso Klein c. Rusia”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, pp. 49-63; ROLDÁN BARBERO, “La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: la sentencia Soering de 7 de julio de 1989”,

Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a las torturas, fue confirmado posteriormente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso Ng c. Canadá²¹⁸. Debe subrayarse aquí que la doctrina entiende este estándar aplicable a los que considera el núcleo duro de los derechos humanos²¹⁹.

2.2. La entrega a un Tribunal Internacional

La figura de la entrega a un tribunal penal internacional ha sido considerada como un elemento fundamental de la cooperación de los Estados con el derecho penal

Revista de Instituciones Europeas, vol. 17, núm.2, pp. 537-558; BELTRÁN DE FELIPE, A., y NIETO MARTÍN, A., “Post 9/11 Trends in International Judicial Cooperation”, *Human Rights as a Constraint on Extradition in Death Penalty cases*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm 3, pp. 581-604; SHEA, M., “Expanding judicial scrutiny of human rights in extradition cases after Soering”, *Yale Journal of International Law*, vol. 17, núm1, Invierno 1992, pp. 85-138; GILBERT, G., “State sovereignty as a guarantee of an individual’s human rights-Selected aspects”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 21, 1994, pp. 121-144. Precisamente en el momento en el que se están escribiendo estas líneas, está pendiente, ante la Audiencia Nacional española, la extradición de Alexander Pavlov, guardaespaldas del principal opositor del régimen kazajo a este país. Pesan sobre este caso las sospechas de que, de ser extraditado, Pavlov, acusado de colaborar en la organización de unos atentados terroristas que no llegaron a perpetrarse, podría ser víctima de torturas. SÁNCHEZ, G., “La Audiencia vuelve a aplazar la sentencia sobre la extradición del disidente kazajo”, *El Diario*, 23 de octubre de 2013. Disponible aquí. Consultado el 16/10/2013.

²¹⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Ng c. Canadá, Comunicación núm. 469/1991 de 7 de enero de 1994.

²¹⁹ No existe, entre los autores, un consenso absoluto acerca de qué derechos deben constituir ese núcleo duro de derechos humanos que debe en todo caso regir el procedimiento de extradición y de entrega. Algunos consideran que este núcleo está compuesto por el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la libertad frente a las leyes penales retroactivas, PLACHTA, M., “Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare”, 114th International Training Course, Visiting experts papers, Resource material series No. 27, 2001, p.65; otros consideran los siguientes derechos (o el riesgo de violación de los mismos a través de estos actos) como obstáculos a la extradición: pena de muerte, tortura, discriminación, derecho a un juicio justo y el derecho a la intimidad, DUGARD, J., y VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights...*op. cit.* Sobre lo que sí puede inferirse un consenso, determinado por la naturaleza de ius cogens de la prohibición de tortura, es sobre la activación del principio de *non-refoulement* en los casos en los que exista riesgo de torturas. Así lo han manifestado tanto el Relator Especial para la Tortura en sus recomendaciones generales (letra O). Disponible aquí, como la Asamblea General de Naciones Unidas en una Resolución aprobada el 28 de marzo de 2011 sobre la base del informe de la tercera Comisión (A/RES/65/205), párr. 16: “Insta a los Estados a que no procedan a la expulsión, devolución (“*refoulement*”), extradición o traslado de cualquier otra manera de ninguna persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que dicha persona correría peligro de ser sometida a torturas, y reconoce que las garantías diplomáticas cuando se utilicen, no eximen a los Estados de sus obligaciones con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados, en particular el principio de no devolución”.

internacional, distinguiéndose de la extradición, que hace referencia a la cooperación a nivel interestatal²²⁰.

El propio Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional corrobora, en su artículo 102, esta distinción:

“A los efectos del presente Estatuto:

a) Por "entrega" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto;

b) Por "extradición" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno”.

La obligatoriedad de respetar y proteger los derechos humanos en el marco de un proceso de entrega responde, en el caso de los tribunales penales internacionales, a su vinculación directa por el derecho internacional²²¹.

Sin perjuicio de ello, este procedimiento presenta algunas diferencias en su regulación con respecto a la figura clásica de la extradición. En el ámbito de las garantías procesales, estas variaciones afectan principalmente a la regulación de las excepciones a la entrega, que puede identificarse con los motivos de denegación de la extradición.

A efectos de la aplicabilidad de estas excepciones a la entrega, es necesario distinguir entre los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda creados por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII²²², de la Corte Penal Internacional, establecida

²²⁰ Sobre las similitudes de la figura de la entrega en relación a los tribunales penales internacionales y la obligación de entrega bajo la Orden Europea de Detención, véase DEEN-RACSMÁNY, Z., “Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Court*, vol. 20, 2007, pp. 167-191.

²²¹ El reconocimiento de estos derechos se desprende de la propia jurisprudencia de los Tribunales internacionales. TPIR, Fiscal c. Barayagwiza, caso núm. ICTR-97-19-AR72, Auto que resuelve la solicitud de revisión o reconsideración de la Fiscalía de 31 de marzo de 2000, párrs. 54 y ss; véase también TPIR, Fiscal c. Kajelijeli, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-98-44^a-A, sentencia de 23 de mayo de 2005, párrs. 226-227.

²²² Resolución 827 del Consejo de Seguridad de 25 de mayo de 1993, Doc. NU S/RES/827 y Resolución 955 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994, Doc NU S/RES/955.

mediante un Tratado Internacional, el Estatuto de Roma²²³ y los Tribunales Especiales para Sierra Leona²²⁴ y para el Líbano²²⁵, nacidos a raíz de acuerdos entre los respectivos gobiernos y Naciones Unidas.

En el caso de los tribunales creados mediante resolución del Consejo de Seguridad en aplicación del Capítulo VII, su jurisdicción preferente y obligatoria viene recogida en sus Estatutos, en los artículos 8 y 9 respectivamente. En su artículo 58, las Normas de Procedimiento y Prueba de estos Tribunales declaran que los motivos de denegación de extradición regulados a nivel nacional o internacional no son de aplicación en el ámbito de competencia de estos órganos. Esta posición privilegiada con respecto a la extradición se justifica por la necesidad de eficiencia y por el respeto a las garantías procesales que se presumen inherentes a estos tribunales²²⁶.

Tanto la denegación de la extradición de nacionales como la excepción del delito político forman parte de lo que la doctrina considera los motivos tradicionales de denegación de la extradición y, en tanto que encuentran su fundamento en la soberanía nacional, su aplicación resulta inapropiada en una relación de cooperación vertical²²⁷.

²²³ El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002, dos meses después de conseguir las 60 ratificaciones requeridas.

²²⁴ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona para el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona de 16 de enero de 2002.

²²⁵ Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República del Líbano para el establecimiento del Tribunal Especial para el Líbano realizado en virtud de la Resolución 1664 (2006) de 29 de marzo de 2006 del Consejo de Seguridad, que responde a la petición de creación del mismo efectuada por parte del gobierno del Líbano.

²²⁶ TEDH, Asunto Naletilic c. Croacia, Decisión sobre la admisibilidad de 4 de mayo de 2000, solicitud núm. 51891/99. Se deniega la admisibilidad de la denuncia ante el Tribunal por violación del artículo 6, garante del derecho a un juicio justo. El denunciante alega que el TPIY no es un tribunal independiente e imparcial y que, de ser entregado al mismo, corre el riesgo de recibir un castigo mucho más grave que el que recibiría si fuese juzgado por los tribunales domésticos croatas: “The Court recalls that exceptionally, an issue might be raised under Article 6 of the Convention by an extradition decision in circumstances where the applicant risks suffering a flagrant denial of a fair trial. However, it is not an act in the nature of an extradition which is at stake here, as the applicant seems to think. Involved here is the surrender to an international court which, in view of the content of its Statute and Rules of Procedure, offers all the necessary guarantees including those of impartiality and Independence”

²²⁷ SLUITER, G., *Arrest and Surrender en The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. In chief Antonio Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 252. Véase TPIY, Fiscal c. Blaskic, Sala de Apelación, Auto sobre la solicitud de la República de Croacia de revisar la decisión de la Trial Chamber II de 18 de julio de 1998, 29 de octubre de 1997.

En cuanto al requisito de la doble tipicidad, definitorio de la extradición, la literatura y jurisprudencia internacional mantiene desde Núremberg una posición coherente con la aplicabilidad directa del derecho internacional en el contexto de los crímenes más graves, reduciendo la operatividad de este principio al ámbito interestatal.

El caso de la Corte Penal Internacional es diferente. La competencia de este órgano respecto a la lista exhaustiva recogida en el Estatuto de Roma es subsidiaria y sólo entra en funcionamiento a petición de un Estado parte, por resolución del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII o mediante investigación de oficio por parte del Fiscal, cuando el Estado con competencia para ello carece de voluntad o capacidad para llevar a cabo la investigación y posterior enjuiciamiento²²⁸.

A pesar de que la Corte se ha establecido mediante acuerdo, el reconocimiento de que en algunos casos puede llegar a ejercitar su competencia en aplicación del Capítulo VII, sugiere que en estos supuestos, el alcance de la regulación de los motivos de denegación de la entrega ha de ser idéntico al de los Tribunales *ad hoc* anteriormente analizados.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, también reconoce la jurisdicción preferente de este Tribunal, especificándose en el artículo 8.2 que esta primacía opera sobre los tribunales nacionales de Sierra Leona. El hecho de que se trate de un Tribunal creado a través de un acuerdo con el Estado en cuyo territorio se cometieron los delitos, dota a esta jurisdicción preferente de un carácter consensuado²²⁹. El Gobierno de Sierra Leona ha consentido ceder en este ámbito parte de su soberanía nacional y permitir que el Tribunal Especial asuma una jurisdicción preferente sobre estos delitos²³⁰. Esta cesión de soberanía que resulta en la prioridad de la competencia del Tribunal, nada tiene que ver con la jurisdicción preferente y obligatoria que el

²²⁸ Artículos 13 y 17 del Estatuto de Roma.

²²⁹ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona para el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, firmado el 16 de enero de 2002. Disponible aquí.

²³⁰ En el caso de este Tribunal, conviene destacar que el mismo comenzó siendo un tribunal de carácter doméstico siendo precisamente el cuestionamiento de su legitimidad por Charles Taylor, ex presidente de Liberia y actualmente condenado por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lo que motivó que se dotara al mismo del apoyo de las Naciones Unidas a través del acuerdo constitutivo del Tribunal.

Consejo de Seguridad estableció en los casos de Ruanda y Yugoslavia en aplicación del Capítulo VII.

El Tribunal Especial para el Líbano sigue la línea marcada por su predecesor en Sierra Leona. Creado en virtud de un acuerdo entre la República del Líbano y las Naciones Unidas, también regula en el artículo 4 de su Estatuto la jurisdicción preferente de la que goza en relación a los tribunales nacionales²³¹.

Hasta el momento, no se han dado casos de denegación de entrega a estos Tribunales Especiales por parte de los respectivos países. No obstante, en el hipotético caso de que uno de estos Estados se negara a la entrega de un acusado reclamando competencia para conocer del caso, surgirían interesantes preguntas acerca de la legitimidad de una jurisdicción preferente establecida en virtud de un consentimiento que ahora se revoca e incluso de la aplicabilidad del principio *aut dedere aut judicare* a estos supuestos²³².

²³¹ Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, establecido por Resolución del Consejo de Seguridad S/RES/1757 (2007) de 30 de mayo de 2007, en virtud de Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República del Líbano.

“Artículo 4. Competencia concurrente.

1. El Tribunal Especial y los tribunales nacionales del Líbano tendrán competencia concurrente. En su ámbito de competencia, el Tribunal tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales del Líbano.
2. En el plazo de dos meses desde que el Fiscal tome posesión de su cargo, según determine el Secretario General, el Tribunal Especial pedirá a la autoridad judicial nacional que conoce del caso del atentado contra el ex Primer Ministro Rafiq Hariri y otras personas que se inhiba. La autoridad judicial libanesa remitirá al Tribunal los resultados de la investigación y una copia de los autos, en su caso. Los detenidos en relación con la investigación quedarán bajo la custodia del Tribunal.
3. a) A petición del Tribunal Especial, la autoridad judicial nacional que conozca de alguno de los demás delitos cometidos entre el 1º de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, o cualquier otra fecha posterior que se decida conforme al artículo 1, remitirá al Tribunal los resultados de la investigación y una copia de los autos, en su caso, para que los examine el Fiscal;
- b) También a petición del Tribunal, la autoridad nacional de que se trate se inhibirá en favor del Tribunal. Dicha autoridad remitirá al Tribunal los resultados de la investigación y una copia de los autos, en su caso, y los detenidos en relación con tal caso quedarán bajo la custodia del Tribunal;
- c) Las autoridades judiciales nacionales informarán periódicamente al Tribunal de los avances de su investigación. En cualquier fase del procedimiento, el Tribunal podrá formular a las autoridades judiciales nacionales un requerimiento oficial de inhibición”.

²³² En el caso del Tribunal Especial para el Líbano, recientemente, la Defensa de los acusados ha alegado formalmente la falta de competencia del Tribunal para conocer del caso. Los argumentos principales son: 1. Que el Consejo de Seguridad se excedió en sus competencias al dictar la Resolución 1757 en virtud de la cual se estableció el Tribunal en tanto que el referido atentado terrorista no representaba una amenaza para la paz y la seguridad internacional. 2. Que el Consejo también se excedió en sus poderes al delegar la competencia para aplicar el derecho nacional libanés a un tribunal internacional. 3. Que el Acuerdo entre el Gobierno del Líbano y las Naciones Unidas no respetó los requisitos y formalidades constitucionales y legales, no siendo, por tanto, válido. Tribunal Especial para el Líbano, Recurso en nombre de Salim Ayyash cuestionando la legalidad del Tribunal Especial para el Líbano, caso núm. STL-11-01/PTC/TC de 4 mayo de 2012. El Tribunal, en primera instancia desestimó estos argumentos, decisión que fue recurrida. La Sala de Apelación del Tribunal resolvió en el mismo sentido el 24 de octubre de 2012,

Existe otro grupo de garantías procesales que siguen siendo de aplicación en este ámbito como el *non bis in idem* y el principio de especialidad. En el caso del *non bis in idem*, la regulación de esta garantía se formula en términos casi idénticos en los distintos estatutos de los tribunales²³³. No obstante, cabe resaltar la existencia de algunas diferencias entre la regulación de este principio en los Tribunales *ad hoc*, cuya finalidad era evitar que los tribunales nacionales ejercieran una competencia que normalmente tendrían atribuida y la articulación del *non bis in idem* en el artículo 20 del Estatuto de Roma, que persigue garantizar el respeto a este principio tanto si el proceso se lleva a cabo por parte de los tribunales nacionales, con matices, como si se desarrolla en el seno de la Corte Penal Internacional.

Sin entrar en el fundamento filosófico de la legitimidad de la competencia de estos tribunales y abordando esta cuestión desde un punto de vista estrictamente procedimental, se puede concluir, a la luz de lo expuesto, que la inoperatividad de los motivos de denegación de la extradición analizados no representa, en el contexto de la entrega a los tribunales internacionales, un riesgo para los derechos de seguridad jurídica del acusado.

alegando entre otras cosas, que el Tribunal no es competente para juzgar las decisión del Consejo de Seguridad estableciendo que un determinado hecho representa una amenaza para la paz y seguridad mundial. Tribunal Especial para el Líbano, Fiscal c. Ayyash, Badreddine, Oneissi y Sabra, Sala de Apelación, caso núm. STL-11-01/PT/AC/AR90.1, Auto resolviendo el recurso de apelación de la defensa contra la decisión del Tribunal de Primera Instancia sobre la legalidad del Tribunal Especial para el Líbano. Fuera del ámbito de los tribunales penales internacionales creados en virtud de Resolución del Consejo de Seguridad, en estos momentos está cristalizando un importante precedente en el seno de la CPI a raíz del asunto Kenia y la decisión del gobierno de este país de retirar su instrumento de ratificación del Estatuto de Roma como resultado de la imputación del Primer Ministro de este país Uhuru Kenyatta por supuestos crímenes de lesa humanidad cometidos durante las revueltas que siguieron a las últimas elecciones presidenciales. Este asunto, de plena actualidad, será abordado en el capítulo XXX en mayor profundidad.

²³³ Artículo 10 del Estatuto del Tribunal para la Ex Yugoslavia; artículo 9 del Estatuto para Ruanda; artículo 9 del Estatuto para la Corte Especial de Sierra Leona, artículo 5 Tribunal Especial para el Líbano y artículo 20 del Estatuto de Roma.

2.3. La entrega a nivel regional: la Euro-orden

2.3.1. Génesis

La creación de la Orden de Detención y Entrega Europea o Euro-orden representa un paso sin precedente hacia la materialización de un Espacio Judicial Europeo. Algunos autores como Miranda Rodrigues, la describen como la primera concretización del principio de reconocimiento mutuo²³⁴.

En base a este principio, los Estados ejecutarán automáticamente las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales competentes de otro Estado. La idea que subyace a este instrumento es la implantación de una cierta homogeneización, tanto de los ordenamientos jurídicos como de los sistemas de protección de derechos humanos²³⁵. La autoridad solo puede negarse a la ejecución con base a unos motivos tasados (artículos. 3 y 4 de la Decisión Marco). En otras palabras, se trata de un instrumento cimentado sobre la confianza mutua de los Estados en sus respectivas legislaciones.

Formalmente, es la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros la que da vida a la Euro-orden, que pasa a sustituir a la extradición como instrumento de cooperación penal en el ámbito de la Unión Europea. Esta disposición

²³⁴ MIRANDA RODRIGUES, A., “La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II) en La orden de detención y entrega europea, coord. por MUÑOZ DE MORALES, M., ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A., Ed. Universidad Castilla La Mancha, 2006, p.37. Véase también, DEL POZO PÉREZ, M., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea (!)”, *Diario La Ley*, núm. 6164, Sección Jóvenes Investigadores, 10 de enero de 2005.

²³⁵ Véase también, para una concepción de la euro-orden y el principio de reconocimiento mutuo en el que se basa que presupone la existencia de un estándar común en el ámbito del reconocimiento de los derechos humanos, ALEGRE, S., y LEAF, M., “Mutual recognition in European Judicial Cooperation: a step too far too soon? Case Study- The European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, vol. 10, nº2, marzo de 2004, pp. 200-217, p. 201; FICHERA, M., y JANSSENS, C., “Mutual recognition of judicial decisions in criminal matters and the role of the national judge”, *ERA Forum*, 2007, pp. 177-202, pp. 186-190

comunitaria, publicada durante la Presidencia española del Consejo Europeo, no era directamente aplicable pero imponía a los Estados Miembros un plazo máximo para trasponerla o desarrollarla²³⁶.

Siguiendo la clasificación del profesor Cuerda Riezu, puede afirmarse que son tres las razones determinantes del surgimiento de esta figura: el fracaso de la vía convencional para simplificar la extradición, la sesión del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 en la que el Consejo Europeo decidió suprimir la extradición únicamente para las personas con condena firme y los atentados del 11 de septiembre de 2001²³⁷.

El repaso del origen y surgimiento de esta figura requiere prestar una atención especial al papel desempeñado por España en este momento histórico. Con anterioridad a los atentados del 11 de septiembre, cuyo efecto concienciador de la necesidad de perfeccionar las medidas de lucha contra el terrorismo permitió la cristalización de una propuesta formal de Euro-orden, España había defendido, sin éxito, la sustitución de la extradición por el simple traslado policial desde el territorio de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro²³⁸. Sin embargo, en el momento de gestación de esta figura, fue la utilización como modelo para la construcción de la Euro-orden, del texto de un acuerdo celebrado entre España e Italia para simplificar la entrega respecto a un número limitado de delitos, lo que otorgó a España un rol fundamental en la génesis de este instrumento.

²³⁶ En España esta Directiva se incorpora al ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, en vigor desde el 1 de enero de 2004.

²³⁷ CUERDA RIEZU, A., *La extradición y la orden europea de detención y entrega*. 41-60, Revista CENIPEC, 25.2006, Enero-diciembre, p.53.

²³⁸ Para más detalles sobre esta propuesta, véase CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la Euro-orden de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del tribunal constitucional español*, Madrid 2003, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, p.48.

2.3.2. Contenido

El procedimiento de la Euro-orden es un procedimiento estrictamente judicial que se presenta como alternativa a la extradición tanto para el enjuiciamiento como para el cumplimiento de condena de un sujeto que se encuentra en el territorio de otro Estado. Nace, en palabras de Delgado Martín, para “incrementar la eficacia de la lucha contra la delincuencia, (...) mediante una optimización de la entrega de los sujetos procesales²³⁹”.

Su ámbito de aplicación se limita a los Estados miembros de la Unión Europea que han desarrollado en su ordenamiento interno la referida Decisión Marco.

Esta Decisión es aplicable a los delitos que pueden dividirse en dos grupos a tenor de los artículos 2 y 4 de la Decisión Marco. En el primer grupo, la entrega prescindirá del requisito del control de la doble incriminación cuando se trate de delitos castigados con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos tres años en el ordenamiento jurídico del Estado emisor, siempre y cuando se trate de alguno de los delitos contenidos en la lista exhaustiva de 32 tipos del artículo 2.2 de la Decisión Marco. Existe un segundo grupo en el que la entrega podrá realizarse con un control de la doble incriminación en el caso de que se trate de delitos no incluidos en la mencionada lista del artículo 9.1 siempre que estén castigados, según la ley del Estado emisor, con penas privativas de libertad cuya duración sea al menos de 12 meses, o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad²⁴⁰.

A los efectos de este trabajo, el crimen de lesa Humanidad respecto del cual se pretende averiguar la aplicabilidad del *aut dedere aut judicare*, forma incuestionablemente parte del primer grupo. Al recogerse específicamente como uno de los 32 delitos para cuya entrega no debe practicarse el control de doble incriminación, la lucha contra la

²³⁹ DELGADO MARTÍN, J., “La Orden Europea de Detención y Entrega”, *Diario La Ley*, nº 6205, Sección Doctrina, 8 de marzo de 2005.

²⁴⁰ Artículos 2.1 y 4.1 de la Decisión Marco. Para una visión crítica del sistema de doble incriminación por el que ha optado la Euro-orden véase, entre otros, LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Apéndice. El futuro de la extradición en Europa” en CEZÓN, C., *Derecho extradicional...op. cit.*, Madrid, 2003, p. 328; CASTILLEJO MANZARES, R., “El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 587, 2003 p. 4.

impunidad en este contexto regional se beneficia de este sistema de cooperación de sistemas penales basado en el reconocimiento mutuo y en el respeto a los derechos humanos²⁴¹.

2.3.3. Evolución en la regulación de los derechos de seguridad jurídica

Las regulaciones procesales de los distintos Estados de la Unión Europea han ido aproximándose, asumiendo un papel preponderante en la dotación de contenido del principio de reconocimiento mutuo. Paralelamente, la doctrina ha venido insistiendo en la importancia de que esta armonización procesal venga acompañada de una armonización sustantiva²⁴².

No obstante, este apartado centra su atención en la parte procesal ya que tiene por objeto abordar la regulación y evolución de los derechos de seguridad jurídica en el ámbito de la Euro-orden.

Debe destacarse que el aumento de la presencia de los derechos humanos como criterio inspirador del proceso de extradición también se ve reflejado en la construcción jurídica de este instrumento europeo²⁴³.

Una de las manifestaciones más evidentes de esta tendencia puede apreciarse en la referencia que en el artículo 16.3, regulador de los casos de conflicto entre una orden de

²⁴¹ MORGAN C., “The European Arrest Warrant and Defendant’s Rights: an overview”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, p.330.

²⁴² WEYEMBERGH, A., “L’harmonisation des procédures pénales. C’est une condition nécessaire pour l’implémentation du mandat d’arrêt européen ? ” en ARROYO ZAPATERO; L., NIETO MARTIN, A., *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, p.108.

²⁴³ En efecto, la doctrina viene evidenciando, desde la puesta en marcha de este instrumento, la tensión que, como resultado de su aplicación, se genera entre el reconocimiento mutuo y los derechos fundamentales. AMALFITANO, C., “Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?”, *Diritto penale contemporaneo*, 4 de julio de 2013; MORGAN, C., “La orden de detención europea y los derechos del detenido” en *La orden de detención y entrega europea*, coord. por MUÑOZ DE MORALES, M., ARROYO ZAPATERO...*op. cit.*, pp. 307-318; CASTILLEJO MANZANARES, R., “La orden de detención y entrega europea. El sistema de garantías de los ciudadanos de la Unión”, *Diario La Ley*, núm. 6155, 27 de diciembre 2004; SAVY; D., “Violazione dei diritti fondamentali e rifiuto di consegna nel mandato di arresto europeo”, *Diritto penale contemporaneo*, 14 de noviembre de 2012.

detención europea y una solicitud de extradición, se hace a “los derechos fundamentales y principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea²⁴⁴”, como elemento a considerar por parte de la autoridad competente del Estado miembro de ejecución.

Siguiendo el criterio de clasificación de Caroline Morgan, las garantías procesales de las que puede disfrutar una persona objeto de una Orden Europea de Detención y Entrega pueden dividirse en tres categorías: las garantías procesales recogidas en el CEDH y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; las garantías más específicas de aplicación a todos los procedimientos penales y las garantías articuladas en el texto de la Decisión Marco creadora de la Euro-orden.

El primer grupo ya ha sido analizado en detalle en el capítulo I de este trabajo. En el segundo grupo pueden incluirse aquellas garantías adicionales propuestas por la Comisión el 28 de abril de 2004²⁴⁵ que comprenden el asesoramiento legal antes y durante el juicio.

En cuanto a las garantías inherentes a la Euro-orden, sin perjuicio de la aplicación del CEDH, esta figura introduce innovaciones con respecto a la extradición en el ámbito de las garantías procesales. Así, el artículo 26 reconoce el descuento automático de la condena del tiempo que el acusado haya estado privado de libertad en ejecución de una Euro-orden. Por otro lado, el artículo 23 establece un límite máximo de 90 días para la entrega.

Con la finalidad de ejemplificar la evolución del proceso de armonización de los derechos de seguridad jurídica que ha tenido lugar en el contexto de la Euro-orden, se

²⁴⁴ Este artículo se refiere a los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, son relevantes en el marco de esta investigación el artículo 19 que regula la protección frente a la posible extradición a un Estado en el que la persona corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. El Capítulo VI, dedicado a la justicia articula derechos procesales como el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, el principio de legalidad o el principio “*non bis in idem*”, todos ellos estrechamente relacionados con el proceso de extradición. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

²⁴⁵ COM(2004) 328 F of 28.04.2004. Para una detallada recapitulación de las propuestas para Decisiones Marco en este ámbito véase MORGAN C., “The European Arrest Warrant and Defendant’s Rights: an overview...*op. cit.*”, pp.334-336.

procederá al análisis de dos garantías concretas: el principio de no extradición de nacionales y el derecho a estar presente en el proceso.

Principio de no extradición de nacionales

El reconocimiento del principio de no extradición de nacionales en el ámbito europeo se remonta a la Convención relativa a la Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, que lo recoge en su artículo 7²⁴⁶.

Sin embargo, la articulación de este principio en la Decisión Marco relativa a la Euro-orden introduce algunas novedades. En primer lugar, en tanto que basada en el principio de confianza, la Decisión Marco no permite a los Estados formular una reserva general a la aplicación de este principio. En segundo lugar, la Decisión Marco detalla los requisitos que permiten condicionar o denegar la extradición de un nacional. Por último, la Decisión Marco extiende el régimen de aplicación a nacionales a otras categorías de personas, en particular a los residentes²⁴⁷.

El caso Darkazanli²⁴⁸, que enfrentó en 2005 a España y Alemania ante la negativa de éste último país a ejecutar una Euro-orden dictada por la Audiencia Nacional española solicitando la entrega de un ciudadano alemán acusado de terrorismo, es considerado el caso de referencia en la construcción de este principio.

A raíz de la denegación de la entrega por parte de las autoridades alemanas, la ley que incorpora la Euro-orden al derecho interno es calificada como nula por el Tribunal

²⁴⁶ Convención relativa a la Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1996. Esta Convención queda derogada en 2002 por la Decisión Marco relativa a la Euro-orden.

²⁴⁷ 2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, artículo 4. Véase DELGADO MARTÍN, J., “La Orden Europa de Detención y Entrega”, *Diario La Ley*, núm. 6205, 8 de marzo de 2005, p. 10.

²⁴⁸ BERNSTEIN, R., “German High Court blocks Qaeda’s suspect’s extradition”, *New York Times*, 19 de julio de 2005. Disponible aquí. Consultado el 25/10/2013.

Constitucional alemán. La argumentación se centra en el derecho constitucional de todo ciudadano alemán a ser oído en juicio con carácter previo a su extradición²⁴⁹.

Esta respuesta fue tomada por España como una amenaza al principio de reconocimiento mutuo en que se basa la Euro-orden y en este sentido, adoptó la contramedida de no ejecutar Euro-órdenes provenientes de Alemania que solicitaran la entrega de ciudadanos españoles hasta que la situación no se aclarase.

Estos hechos han desembocado en la aprobación en Alemania de un nuevo instrumento de recepción de la Decisión Marco relativa a la Euro-orden que deja entrever que Alemania no está dispuesta a ceder su competencia en materia penal ni a incorporar plenamente el principio de reconocimiento mutuo. Esta ley incorpora nuevos límites y garantías, adoptando lo que algunos autores describen como un rol activo que indirectamente busca llamar la atención sobre ciertas deficiencias en el procedimiento de “europeización penal” que podían representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho²⁵⁰.

Derecho a estar presente en el proceso (los juicios *in absentia*)

A nivel europeo, la Decisión Marco que establece la Euro-orden no recoge como condición para la entrega el que el Estado requirente dé la oportunidad al acusado de estar presente en el proceso.

La regulación de esta cuestión ha sufrido una evolución desde la redacción original de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo que, en su artículo 5 admitía la posibilidad de supeditar la ejecución de la orden a que el Estado miembro de ejecución, si hubiera impuesto la pena o medida de seguridad privativa de libertad mediante una resolución

²⁴⁹ Bundesverfassungsgericht 2236/04 de 18 de julio de 2005.

²⁵⁰ DEMETRIO CRESPO, D., “L’affaire Darkanzanli. Au sujet de la déclaration de nullité pour la Bundesverfassungsgericht de la norme de transposition du mandat d’arrêt européen”, en ARROYO ZAPATERO; L., NIETO MARTÍN, A., *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, pp. 284. Para otro desarrollo crítico del principio de no extradición de nacionales, véase DEEN-RACSMÁNY, Z., “A New Passport to Impunity? Non-Extradition of Naturalized Citizens...*op. cit.*”; NOHLEN, N., “Germany: The European Arrest Warrant Case”, *Journal of Constitutional Law*, enero 2008, Vol. 6, núm. 1, pp. 153-161.

dictada en rebeldía, garantizara que esa persona tendría la posibilidad de pedir un nuevo proceso para garantizar su derecho de defensa y que estuviera presente en el juicio.

Sin embargo, la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero, ha modificado la regulación de la orden de detención y entrega europea que contiene la Decisión Marco 2002/584/JAI con la finalidad, precisamente, de armonizar la regulación de los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado.

Consecuentemente, el artículo 5.1 queda derogado y se introduce un nuevo artículo 4 bis que exige nuevos requisitos para la denegación de la ejecución de la orden cuando el imputado no haya comparecido en el juicio.

Esta evolución es otro reflejo de la tensión existente entre el reconocimiento mutuo, como herramienta para el fortalecimiento de un espacio de seguridad y el respeto a los distintos estándares de derechos humanos²⁵¹.

²⁵¹ El caso Pupino es el caso de referencia en esta cuestión. Enfrenta a Italia con Francia como consecuencia de las diferencias en el ámbito de las garantías procesales entre estos ordenamientos jurídicos. Por un lado, el Código Penal italiano contempla la posibilidad de que en determinados casos, el testimonio, tomado en la fase de investigación, tenga validez de prueba a pesar de no haber sido sometido a examen contradictorio de las partes en el juicio oral. Esto ocurre en el caso de delitos particulares (relacionados con ofensas sexuales) y en tanto que esta excepción persigue proteger a una víctima menor de edad y por lo tanto, especialmente vulnerable. El problema se plantea porque Italia defiende que solo está regulada esta posibilidad respecto de los delitos con elemento sexual, ausente en el presente caso. En este supuesto, una maestra había sido acusada de maltratar, presuntamente, a sus alumnos. El argumento principal de Francia reside en que no se debe poder utilizar una Decisión Marco para alterar el derecho interno, sobre todo cuando esta alteración supone un perjuicio para los derechos del acusado. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia deja sin efecto este razonamiento concluyendo que el derecho interno debe ser aplicado a la luz de los principios recogidos en la Decisión Marco, por lo que la no comparecencia en juicio de un menor que ha sido víctima de maltrato se entiende justificada por los principios contenidos en los artículos 2 y 8 (derecho de protección) de la Decisión Marco, a la luz de la cual se debe interpretar el derecho interno de los Estados de la Unión. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia de 16 de junio de 2005, núm. C-105/2003, párrafos 43 y 52. Dponible aquí. Consultada el 26/10/2013. Sobre este caso, para mayor detalle, véase MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones- marco: ¿hacia el efecto directo?: especial referencia al caso Pupino, en *El derecho penal de la Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro*, coord. por. ARROYO ZAPATERO, L.A., NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2007, pp. 291-324. Una de las muestras más recientes de la evolución de esta cuestión ha venido protagonizada por el caso Melloni, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013, núm. C-399/2011. Disponible aquí. Consultado el 26/10/2013. Melloni era un ciudadano italiano que tras ser extraditado a Italia por parte de España en 1996, se fugó de este país. En 1997 fue condenado en rebeldía a 10 años de prisión por fraude bancario. En 2008 fue arrestado en España e intentó frenar su extradición a Italia recurriendo al Tribunal Constitucional y alegando que la extradición a este país violaría el derecho de estar presente en su juicio que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional, a la luz de la reforma de la Decisión Marco que sobre esta precisa cuestión había tenido lugar en 2009, se dirige al Tribunal Internacional de Justicia para interrogar a este órgano sobre varias cuestiones. 1. ¿Debía la ejecución de

Los principios inspiradores, el desarrollo legislativo, los mecanismos de protección de derechos humanos y garantías procesales mínimas así como los problemas surgidos en la aplicación práctica de esta orden representan importantes fuentes de estudio a tener en cuenta. En particular, es conveniente intentar extraer lecciones de los conflictos surgidos en torno al contenido y alcance de los derechos de seguridad jurídica y del principio de reconocimiento mutuo²⁵². En este sentido, su experiencia puede y debe ser utilizada a nivel internacional en la construcción y regulación de la obligación de extraditar o juzgar, objeto de esta tesis²⁵³.

una orden de detención europea, emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía, quedar condicionada al requisito de que la persona condenada tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión? 2. En caso de respuesta negativa, ¿es el artículo 4 bis, apartado 1, compatible con los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y a la defensa garantizados en los arts. 47 y 48, apartado. 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE?; 3. En caso de respuesta negativa, ¿avala el artículo 53 de la Carta esta doctrina con el fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de tales derechos fundamentales, según han sido reconocidos por nuestra Constitución? El Tribunal de Justicia Europeo responde afirmando que el artículo 4 bis, apartado 1 se oponía a que la autoridad judicial destinataria sometiera la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena impuesta en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro del juez emisor, afirmando que este artículo es plenamente compatible con los artículos 47 y 48 de la Carta. En cuanto a la tercera pregunta, el Tribunal, sobre la base de la primacía, unidad y efectividad del ordenamiento de la Unión, responde negativamente a esta pregunta afirmando que el artículo 53 de la Carta no autoriza al juez nacional a aplicar el estándar de protección más alto del derecho humano recogido en su Constitución porque con ello se opondría a la aplicación de una norma común y atentaría contra el principio de primacía del derecho de la Unión. Véase sobre esta sentencia, HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Melloni y Akerberg Fransson (una notas de urgencia)”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, 4 de julio de 2013; MANACORDA, S., “Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 de mayo de 2013; MORJIN, J., “Akerberg and Melloni: what the Court said, did and may have left open”, *Eutopia Law*, 20 de marzo de 2013; CIVELLO CONIGLIARO, S., y LO FORTE, S., “Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 de junio de 2013.

²⁵² Una de las últimas contribuciones a este debate ha sido realizada por la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el caso Radu, a raíz de la consulta prejudicial de un juez rumano. El Tribunal afirma en este caso que de la Decisión Marco se desprende que las autoridades del país de ejecución de la Orden no pueden negarse a ejecutar una Orden que persiga la investigación criminal sobre la base de que la persona requerida no había sido oída en el Estado miembros que emite la orden antes de que la misma fuera emitida. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia de 29 de enero de 2013, núm. C-396-11. Disponible aquí. Consultado el 25/10/2013. Para un examen crítico de esta sentencia véase DAVIES, A., “Radu-a case of failed dialogue”, *Eutopia Law*, 5 de febrero de 2013.

²⁵³ Autores como Cuerda Riezu defienden el modelo de la Euro-orden como ejemplo. “El método de la euro-orden podría ser exportado a otras latitudes -estoy pensando especialmente en los países latinoamericanos-, pero siempre que exista una confianza elevada de los Estados en lo que se refiere a una homogeneidad en lo sustancial de sus ordenamientos jurídicos y a un nivel semejante de respeto hacia los derechos fundamentales. Siempre será preferible acudir a una cooperación judicial en este tema antes que al secuestro internacional de personas, que además de suponer una falta de respeto hacia la soberanía ajena, puede ser una fuente -nunca deseable- de peligrosos e innecesarios conflictos entre los Estados”. CUERDA RIEZU, A., “La extradición y la orden europea de detención y entrega...*op cit.*”, pp. 49.

CAPITULO III - RIESGOS DERIVADOS DE LA EXPOSICIÓN A PROCEDIMIENTOS DE ENTREGA NO OFICIALES

3.1. Secuestros, detenciones, entregas extraordinarias y la extradición encubierta

La relación de los Estados con los derechos humanos tiene dos caras que con frecuencia están enfrentadas. Por un lado, las autoridades de todos los países tienen el deber de garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos a todas las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción. Este deber se ve reforzado a través de los mecanismos de control internacionales tales como los informes presentados por los Estados al Comité de Derechos Humanos²⁵⁴ o al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵⁵, para los Estados parte en estos instrumentos.

Por otro, los derechos humanos representan límites al poder del Estado²⁵⁶ y sólo tienen sentido, tal y como sostenía Peces Barba “en las relaciones de Derecho Público, entre autoridades, órganos del Estado y funcionarios por una parte, y ciudadanos por otra²⁵⁷”.

Los derechos humanos, por tanto, solo pueden ser vulnerados por el Estado cuando éste, bien lleve a cabo la violación directamente o bien no reaccione ante un acto de un sujeto

²⁵⁴ Cuando el contenido afecte al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este caso también se puede recurrir a la vía de la reclamación mediante denuncias entre Estados partes ante el Comité de Derechos Humanos y las denuncias de los individuos de los Estados partes contra éstos, en virtud del Protocolo Facultativo I.

²⁵⁵ Cuando afecte al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁵⁶ Véase DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

²⁵⁷ PECES BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales... op. cit.*, pp. 617-618. La extensión de las garantías a las violaciones de derechos entre particulares ha dado lugar a confusión. La Escuela Alemana, al organizar los derechos fundamentales como derechos subjetivos, introdujo el concepto de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. Esto, precisa el profesor Peces Barba, no es contradictorio con la titularidad exclusiva del Estado de la capacidad para vulnerar los derechos humanos directamente o mediante la inacción y falta de protección frente a la violación: “No se debe hablar tanto de eficacia frente a terceros, lo que no es correcto, sino de ámbito de validez de los derechos fundamentales extendido a todas las relaciones jurídicas”. A pesar de que el derecho fundamental se vea vulnerado por la actuación de un sujeto jurídico privado, la reclamación por su violación se dirigirá al Estado, único titular de la obligación de garantizar la protección de estos derechos y por ende, único capacitado para violarlos a través del incumplimiento de esta obligación.

privado que viole las pretensiones morales de los individuos que conforman la sociedad²⁵⁸. Los casos objeto de estudio en este apartado pertenecen al primer grupo. Por consiguiente, la responsabilidad del Estado es aún mayor en tanto que no se limita a violar los derechos humanos por inacción ante las conductas de otros ciudadanos sino que ejecuta directamente, a través de sus instituciones y agentes, estas violaciones.

Este epígrafe tiene como objetivo evidenciar los riesgos para los derechos humanos que se derivan del recurso a métodos alternativos a la extradición oficial como los secuestros, las entregas extraordinarias o los asesinatos selectivos por parte de los Estados.

3.1.1. Mala captus, bene detentus

Antes de entrar en el análisis concreto de los fenómenos que se han ido desarrollando como alternativas antijurídicas a la extradición, es necesario advertir aquí, frente a la tendencia existente en ámbitos políticos y a veces, jurídicos, a señalar una relación entre la consolidación de la protección de los derechos humanos y la articulación de “un derecho protector de los criminales²⁵⁹”.

Sin ánimo de entrar en un debate que ya ha sido superado, a pesar de que la realidad en ocasiones no parezca reconocerlo así, la propia construcción del sistema legal impide

²⁵⁸ El profesor Ansuátegui, partiendo de una postura positivista normativista que reconoce al derecho positivo como única realidad jurídica, hace una clara distinción entre a los que se refiere como derechos humanos, esto es, “las pretensiones morales derivadas de su dignidad (del individuo) que no se pueden hacer depender de determinados mecanismos político-jurídicos institucionalizados” y los derechos fundamentales, que solo existen, según el autor “cuando en un ordenamiento jurídico, al que ellos están sometidos, existen normas de derechos fundamentales, esto es, normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico que sitúan a los sujetos titulares de esos derechos en una determinada posición en el interior de un ordenamiento jurídico, y que satisfacen los criterios de validez formal y material de ese ordenamiento”. Sin embargo, aclara más adelante que esta posición “no identifica necesariamente el derecho positivo con el derecho justo”. Se puede inferir una respuesta a la pregunta de si se puede considerar que el Estado viola los derechos fundamentales al no reconocerlos cuando más adelante añade que “en el marco de un sistema político democrático (...) que asume unos valores y principios axiológicos determinados, el ordenamiento jurídico integra determinadas exigencias de justicia: esas exigencias se especifican en postulados normativos jurídicos al más alto nivel, que deben ser respetado como condición de validez por las normas que pertenecen al sistema jurídico”, ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., Ordenamiento jurídico y derechos humanos en TAMAYO ACOSTA, Juan José (dir.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Navarra: Editorial Verbo Divino, 2005, pp. 305-347, pp.310 y ss.

²⁵⁹ VILLAGRÁN KRAMER, F., “¡Mala Captus, Bene Detentus! El secuestro y la extradición irregular a la luz de los derechos humanos y del derecho internacional”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 23, 1996, p. 12, citando al penalista español Dorado Montero.

que este argumento se sostenga jurídicamente. En tanto que la presunción de inocencia representa el pilar de nuestro sistema de derecho, presumir que las garantías otorgadas a los sospechosos en el marco de un proceso de extradición o de enjuiciamiento protegen a los criminales es partir del presupuesto de que lo son. No es necesario ahondar en cómo esto representa una violación de la presunción de inocencia. En el caso de los procedimientos de extradición que tengan como objeto a un ya condenado, su culpabilidad, en tanto que no rebaja su condición de ser humano, tampoco justifica que se vulneren sus derechos humanos.

En el presente epígrafe se abordarán tres de las posibles consecuencias de no respetar el marco jurídico establecido para la extradición: el secuestro, la detención y entrega extraordinaria o extradición encubierta y el asesinato selectivo.

A nivel de relaciones entre Estados, en teoría, la extradición debe efectuarse siempre mediante un procedimiento rogado. La soberanía de los Estados funciona como límite a la actuación policial de los otros Estados. Si el acusado o condenado consigue escapar del Estado en el que ha delinquido o que tiene competencia para enjuiciarle, automáticamente éste último deja de estar legitimado para continuar la persecución²⁶⁰.

²⁶⁰ Esta afirmación debe ser matizada a la luz de las excepciones que se derivan de los acuerdos bilaterales y multilaterales de cooperación policial. Así, en el ámbito europeo véase la regulación de la persecución en caliente recogida en el Convenio para la aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990 ó Schengen II (artículos 41-43). Para un tratamiento profundo de esta regulación, véase MORENO CATENA, V., *El espacio judicial y penal en el marco del Convenio de Schengen*, Anuario Residencia de Estudiantes “Fernando de los Ríos”: [1995- 1996]. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997, pp. 129-145 y GARCÍA SAN PEDRO, J., “La cooperación policial en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006, pp. 201-218. Es necesario referirse también en este ámbito a la Convención de Prüm firmada el 27 de mayo de 2005 con el objetivo de profundizar en la cooperación transfronteriza en materia de delincuencia organizada, terrorismo e inmigración ilegal. A día de hoy, forman parte de la misma Austria, Bélgica, Alemania, Luxemburgo, los Países Bajos, Francia, España, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Hungría, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia. Disponible aquí. Consultado el 25/05/2012. Los artículos 24 y 25 albergan las novedades más importantes en materia de cooperación policial. Así, se regula la posibilidad de organizar patrullas comunes que permitan a agentes de cada uno de los Estados Parte participar en intervenciones en el territorio de otra parte. También se prevé la posibilidad de que un Estado parte “delegue” el desempeño de facultades inherentes a su soberanía, con limitaciones: “En todo caso, las facultades soberanas solo podrán ejercerse bajo la dirección y como norma en presencia de agentes del Estado del territorio. A estos efectos, los agentes de la otra Parte Contratante estarán sujetos al derecho interno del Estado del territorio. Sus actos serán imputables al Estado del territorio (art. 24.2. in fine). El artículo 25 también permite cruzar la frontera en caso de necesidad y adoptar medidas provisionales para la seguridad. El hecho de que se autorice a los agentes del otro Estado a permanecer en el Estado del territorio hasta que el mismo haya adoptado las medidas necesarias para evitar el peligro representa un avance respecto de la persecución en caliente en otro Estado que solo podía realizarse antes en caso de delito flagrante y siempre que no fuese posible la comunicación inmediata con el Estado al que se accede. Para un análisis de la cooperación policial recogida en este instrumento, véase también Pérez Francesch,

A partir de este momento entran en funcionamiento las reglas del proceso de extradición, y el Estado que pretende ejercitar la acción penal contra el sujeto o hacerle cumplir la condena impuesta debe solicitar (o rogar) al otro Estado que le entregue a dicho sujeto. Existen numerosas clasificaciones de los ya abordados derechos y garantías de las que goza el individuo en el marco de un proceso oficial de extradición²⁶¹. El fin último de esta protección es evitar las extradiciones arbitrarias y asegurar, en el caso de las que procedan legalmente, el respeto de los derechos fundamentales del individuo objeto de un proceso de extradición²⁶².

Sin embargo, esto no siempre ocurre así y a pesar de que en los casos que van a explicarse a continuación el Estado infractor persigue el mismo resultado que se obtendría a través de la extradición (esto es, tener al individuo en su territorio para poder dirigir contra él una investigación penal que derive en un enjuiciamiento), con estas vías de hecho se evita aplicar el procedimiento reglado²⁶³, violando con ello la ley.

J.L., “Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, enero-junio de 2007, pp. 119-135. Este autor considera que esta Convención representa la tercera fase del desarrollo del espacio europeo y subraya el éxito relativo del mismo “por no afectar a todos los Estados de la UE y por situarse fuera del Derecho Europeo en un sentido estricto, respondiendo a los criterios de un tratado internacional convencional”. Esta Convención inspiró la adopción de la Decisión 2008/615/JHA del Consejo de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza que tenía como finalidad convertir el contenido de la Convención de Prüm en vinculante para todos los Estados miembros. Decisión 2008/615/JHA del Consejo. aquí. Consultado el 25/05/2012. En particular, para la cuestión de la persecución en caliente y la regulación de la cesión de soberanía en aras de un espacio de cooperación policial véase el artículo 17, réplica del artículo 24 de la Convención de Prüm. Para un caso histórico en el que el órgano arbitral dictó que el Reino Unido debía restituir a España a un presunto autor de crímenes cometidos en Gibraltar por haberlo perseguido más allá de las fronteras inglesas, véase minuto 9 del siguiente vídeo.

http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Greenwood_S_video_2.html.

²⁶¹ Sin perjuicio del consenso al que se ha ido llegando a través de Tratados de extradición y evoluciones en las legislaciones nacionales, se siguen encontrando variaciones en el alcance y contenido de estos principios de unas legislaciones a otras. Sobre las distintas clasificaciones para abordar el estudio en el ámbito español, véase GARCÍA SÁNCHEZ B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Ed. Comares, Granada, 2005, Cap IV.

²⁶² Para un análisis del progresivo calado del discurso de los derechos humanos en el ámbito de la extradición, véase nota al pie Véase la nota al pie 197.

²⁶³ La especificación de que en los casos aquí abordados, el Estado persigue el mismo fin que se perseguiría a través del proceso de extradición, esto es, dirigir la acción penal contra el sospechoso, no es superflua. Es importante distinguir este supuesto de los casos en los que el secuestro, la detención y la entrega extraordinaria tienen como único fin la obtención de información mediante tortura para lo cual, en el caso de EEUU y en el contexto de su célebre “guerra contra el terror”, se traslada a las personas detenidas a lo que la CIA ha denominado los “black sites”, prisiones secretas distribuidas en distintos países en las que los detenidos “desaparecen” por tiempo indefinido, sufren torturas tras lo cual, en muchas ocasiones, son puestos en libertad sin cargos. Amnistía Internacional, “Rendition” and secret

Pero, ¿por qué existen estas técnicas? Básicamente son el resultado de la aplicación de la máxima *mala captus bene detentus* (la captura ilegal no precluye el ejercicio de la jurisdicción), en virtud de la cual los Estados reivindican la jurisdicción *in personam* del sospechoso, sin entrar a valorar por qué medios se ha garantizado la presencia del mismo en el territorio, y por ende ante los tribunales del Estado.

En otras palabras, representa la institucionalización del maquiavélico principio que afirma que el fin justifica los medios y atenta contra principios generales de Derecho que regulan el proceso: *nunquam decurritur ad extraordinarium sed ubi deficit ordinarium* (no debe acudirse a medidas extraordinarias a menos que las ordinarias fallen)²⁶⁴ y *ex iuria non oritur* (los actos ilícitos no producen resultados legales)²⁶⁵.

detention: a global system of human rights violations, questions and answers”, índice: POL 30/003/2006, enero 2006. Disponible aquí.

²⁶⁴ Este principio forma parte del derecho internacional y fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia en 1959 en el caso *Interhandel* (Suiza v. EEUU). Suiza reclamaba a los EEUU la restitución de las acciones de la Sociedad Nacional para las participaciones industriales y comerciales S.A. En 1942, en aplicación de la *Trading with the Enemy Act* de 1917, EEUU confiscó todas las acciones de la General Aniline and Film Corporation (GAF), una compañía con sede en los EEUU sobre la base de que estaba controlada por una compañía alemana y por tanto enemiga. Suiza sostenía que si bien era cierto que hasta 1940 esto era así, efectuándose el control a través de una compañía suiza que más tarde se transformaría en *Interhandel*, este contrato, y por ende, la vinculación entre las compañías alemana y suiza había sido cancelado en 1940 antes del comienzo de la guerra. Al llevar el caso ante la Corte, ésta se abstuvo de conocer en aplicación del principio del recurso extraordinario al Tribunal en tanto que el caso seguía pendiente antes los Tribunales nacionales de EEUU. En la sentencia, se afirmó que cuando un Estado hubiera vulnerado los derechos de otro Estado éste último debería agotar todos los recursos para obtener la reparación antes de acudir al Tribunal Internacional de Justicia. *Affaire de l'Interhandel*, Arrêt du 21 mars 1959, CIJ. Recueil 1959, p.6. El carácter de última ratio de las medidas extraordinarias en esta sentencia se mantiene dentro del proceso judicial. El recurso a la Corte Internacional de Justicia es extraordinario pero representa la última instancia judicial a la que recurrir una vez agotados todos los niveles. Esta es la diferencia fundamental con el recurso a métodos antijurídicos como el secuestro para evitar la aplicación del procedimiento reglado de la extradición. A la violación del principio que establece que no debe acudirse a medidas extraordinarias a menos que las ordinarias fallen, se añade el hecho de que la medida a la que se recurre es constitutiva de delito.

²⁶⁵ BASSIOUNI, C., “Unlawful Seizures and Irregular Rendition Devices as Alternatives to Extradition”, *Vanderbilt Journal of International Law*, 25, 1993. El artículo 41.2 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10), reconoce, respecto de la violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general que “Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación”. En relación con el secuestro internacional, la “carga de la prueba” reside precisamente en probar que esa actuación por parte del Estado efectivamente supone una violación grave de una norma de *ius cogens*.

3.1.1.1. Cuando falla la extradición, ¿es el secuestro la solución?

En 1961, el surgimiento de las acciones descritas como parte de la *Realpolitik* del momento, llevó a un célebre académico a hacerse la pregunta que encabeza este apartado²⁶⁶.

La tolerancia hacia el recurso del secuestro, como alternativa a la extradición, había llegado a tal punto en este período que los Gobiernos llegaban a ofrecer recompensas, públicamente, a aquellas personas que detuvieran a presuntos delincuentes, incluso si lo lograban mediante el secuestro²⁶⁷.

²⁶⁶ CARDOZO, M., H., “When Extradition Fails, is Abduction the solution?” (Note) *AJIL*, p. 55, citado en BASSIOUNI, C., *International Extradition: United States Law...op. cit.*, p. 276.

²⁶⁷ En 1964, El Gobierno de Alemania Occidental ofrecía 25.000 euros por la entrega de Martin Bormann, conocido oficial nazi, pagándose, en el caso de que se hubiera realizado mediante secuestro, solo si esto fuese aprobado por el Estado en el que se encontraba la persona. Véase New York Times del 24 de noviembre de 1964. New York Times (23/05/2012). No obstante, la tolerancia hacia este tipo de prácticas tiene un origen mucho más antiguo. Tradicionalmente, la jurisprudencia americana ha abogado por la validez de la jurisdicción *in personam*, incluso cuando los medios utilizados para posibilitar la presencia del sospechoso no hubieran sido legales. Así, en 1886, en el caso *Ker v. Illinois*, la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó que un tribunal estatal americano estaba legitimado para ejercitar su jurisdicción sobre un sospechoso que hubiera sido secuestrado y llevado a los EEUU si el oficial enviado a recoger a esa persona a Perú, en este caso, “no encontrara a nadie a quien entregar los papeles de solicitud de extradición”. En ese momento, Perú estaba en guerra con Chile y probablemente sus fuerzas armadas tuvieran Lima bajo control (119 (US) 436 (1886)). En 1952, esta doctrina fue reiterada en *Frisbie v. Collins*, un caso de secuestro por parte de los agente del Estado de Michigan en Chicago. (342 US. 519 (1956)). Estos dos casos dieron lugar a lo que se conoce como la doctrina *Ker-Frisbie*, aún vigente, que sería utilizada posteriormente en el caso *Álvarez-Machain* que se analizará más adelante. En el caso *Toscanino* (italiano detenido por agentes uruguayos mientras se encontraba en Uruguay y entregado primero a los agentes brasileños en Brasil, período en el cual alega haber sido maltratado y después a agentes estadounidenses en EEUU donde fue acusado de un delito de narcotráfico en 1974), la Corte Suprema se apartó de esta tendencia al afirmar que un tribunal federal debe abstenerse de conocer del caso cuando la persona ha sido llevada ante el mismo en una clara vulneración de sus derechos. El argumento radicaba en que el Gobierno no puede beneficiarse, en ningún caso, de acciones ilegales cometidas en su nombre. En este supuesto se habla incluso de la extraterritorialidad de la Constitución americana en tanto que debería representar un límite para la conducta de los agentes americanos que actúen en el extranjero en nombre del Estado. (500 F.2d 267 (2d Cir. 1972)). La Corte de Apelación consideró que la cláusula del debido proceso se había expandido notablemente desde la doctrina *Ker-Frisbie*, por lo que la misma ya no era vinculante: “Accordingly, we view due process as now requiring a court to divest itself of jurisdiction over the person of a defendant where it has been acquired as a result of the government’s deliberate, unnecessary and unreasonable invasion of the accused’s constitutional rights”, 500 F.2d 267 (1974), párr. 275. También debe hacerse mención aquí al caso *Cook v. United States* (288 US 102, (1933)). El caso *Lujan* sigue en esta línea aunque se limita a condenar, de una forma más moderada, la innecesaria, injustificada e intencionada invasión de los derechos constitucionales a manos de los agentes de los EEUU sin que en este caso, ello invalidara la jurisdicción del Tribunal en tanto que el Estado ofendido no había denunciado los hechos (US ex rel. *Lujan v. Gengler*, 510 F.2d 62 (2d Cir 1975), cert. Denied, 421 US 1001 (1975)). Sin embargo, esta nueva tendencia no llegó a consolidarse y en la actualidad la posición estadounidense sigue más vinculada a la doctrina *Ker-Frisbie* que al enfoque garantista que se comenzaba adivinar en el caso *Toscanino*. Así lo han confirmado las sentencias dictadas con posterioridad en casos como el *Matta-Ballesteros v. Heman* (896 F.2d 255

En este apartado se analizará el concepto y el alcance de este fenómeno así como las implicaciones que su generalización puede tener en el Estado de Derecho.

3.1.1.1.1. *Concepto y tipos*

Cuando una persona sospechosa de haber cometido un delito es secuestrada por agentes de un Estado distinto al Estado en el que se encuentra, *sin conocimiento* por parte de este último, estamos ante un secuestro internacional²⁶⁸.

El asunto Eichmann se erige como el caso de referencia en este ámbito. A través de la descripción de los acontecimientos y conflictos resultantes del mismo, pueden inferirse los elementos básicos y definitorios de esta figura, así como el fundamento de la jurisdicción *in personam*, independientemente de los medios en virtud de los cuales se asegure la presencia del sujeto en el Estado que pretende enjuiciarlo.

Karl Adolf Eichmann fue uno de los principales arquitectos del Holocausto nazi. En 1960, fue descubierto por agentes israelíes en Argentina, donde vivía bajo una identidad falsa. Se desconocen los detalles de su secuestro y traslado a Israel, pero el anuncio de su detención por parte del entonces Primer Ministro, Ben Gurion, provocó protestas por parte de Argentina que reclamaba la devolución del Eichmann y el castigo de los secuestradores. Israel presentó entonces, una carta firmada por Eichmann en la que éste declaraba haber viajado a Israel de manera voluntaria. Al recibir esta respuesta, Argentina llevó la cuestión ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, afirmando que la violación de su soberanía nacional representaba una amenaza para la paz y la seguridad internacional. El Consejo de Seguridad, a través de la Resolución 138,

(1990)), *US v. Lovato* (520 F.2d 1279 (1975)) o *US v. Cordero* (668 F.2d 32 (1981)) y el ya citado caso Álvarez-Machain. En el caso Lovato, de hecho, se afirmó expresamente que “unless there are grossly cruel and unusual barbarities” no se seguirá el precedente sentado por Toscanino, *US v. Lovato* (520 F.2d 1279 (1975) en 1271. La naturaleza de *ius cogens* de la prohibición contra la tortura y la ratificación de la Convención contra la Tortura por parte de EEUU implica que EEUU tiene la obligación de investigar estas denuncias por torturas en los casos de secuestro que hasta ahora ni siquiera han tenido como resultado la preclusión de la jurisdicción del tribunal para conocer del caso.

²⁶⁸ Para profundizar sobre el concepto, véase O’HIGGINS, P., “Unlawful seizure and irregular extradition”, *British Yearbook of International Law*, vol. 36, 1960, p. 279, p. 296; REID, H., “Inter-State Rendition and the Illegal Return of Fugitives”, *Howard Law Journal*, vol. 2, 1956, pp. 76-93.

dio la razón a Argentina y condenó la actuación de Israel²⁶⁹. Tras las disculpas oficiales de Israel, el juicio se celebró en Jerusalén y Eichmann fue condenado a muerte y ejecutado. Posteriormente, ambos Estados declararon haber dado el caso por cerrado²⁷⁰. Dos cuestiones han suscitado un gran interés por parte de la doctrina en este caso: por un lado, la legalidad de la jurisdicción de los tribunales israelíes para conocer de un caso en el que la persona había sido trasladada mediante secuestro y por otro, la legalidad de un juicio celebrado por un país que, en el momento de la comisión del delito juzgado, no existía como tal y que no actuaba bajo el mandato internacional otorgado para la celebración de los Juicios de Núremberg. En su defensa, el Tribunal israelí invocó la doctrina inglesa sentada por el caso Scott²⁷¹, para afirmar que, aún en el supuesto de que hubiera estado involucrado en el secuestro, lo cual nunca llegó a admitir, seguiría gozando de jurisdicción sobre el caso.

Esta actuación no sólo vulnera los derechos humanos de la persona objeto del secuestro sino que representa una amenaza para el orden mundial en tanto que constituye una violación del proceso penal internacional²⁷². También quebranta la soberanía del Estado

²⁶⁹ Resolución 138 de 23 de junio de 1960, Doc. NU S/4342 (1960) condena el secuestro y requiere una reparación por parte de Israel a Argentina: “Hechos como el considerado, que afectan a la soberanía de un Estado Miembro y por consiguiente provocan una fricción internacional, pueden, de repetirse, poner en peligro la paz y seguridad internacionales”.

²⁷⁰ The Times, 4 agosto 1960.

²⁷¹ Scott (Susannah), Ex parte (1829) 9B & C. 446. En este caso, los Tribunales británicos afirmaron gozar de jurisdicción para enjuiciar a Susannah, detenida en Bruselas por un agente británico y llevada por la fuerza al Reino Unido para ser juzgada por el delito de perjurio. En este caso ni siquiera se llegó a considerar si había habido violación del derecho internacional. Lo único que analizó el Tribunal fue la posible violación de los derechos nacionales de Bélgica y el Reino Unido. A finales del s.XIX y principios del s.XX hay muchas sentencias que corroboran esta afirmación en sus razonamientos. Sin embargo, subraya O’Higgins, en ninguno de los casos de los que conocían se había perpetrado una verdadera violación del derecho internacional consuetudinario. O’HIGGINS, P., “Unlawful seizure and irregular extradition...*op. cit.*, p. 281. En su análisis de este caso, Gilbert afirma que “Israel merely relied on Anglo-American precedent which ignores international public order, violations of the fugitive’s human rights and State sovereignty”, GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p.340.

²⁷² Autores como Sponsler advierten de las consecuencias de esta práctica en el ámbito del comercio y en el desarrollo de la vida normal de los individuos, que se ven privados de la seguridad jurídica necesaria para llevar a cabo sus actividades normales: “El recurso a estos medios tiene un efecto desestabilizador en las relaciones internacionales; altera el flujo legal y previsto del comercio convirtiendo en inseguros los métodos normales de transporte; y priva a los individuos de la seguridad de poder confiar en la existencia de un marco de soberanía estatal y fronteras de un Estado al realizar sus actividades políticas y personales”. Traducción de la autora. SPONSLER H.T., “International kidnapping”, *International Lawyer*, vol.5, núm. 1, 1971, p. 27. La presente tesis parte de la hipótesis de que a través de la definición del alcance, contenido y naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar es posible identificar

en el que se efectúa el secuestro. Éste desconoce que se ha producido el secuestro internacional y por tanto, no puede oponerse a él. De esta manera, se le niega el derecho a decidir sobre la extradición del sujeto que se encuentra en su territorio.

En este sentido, para que el secuestro sea constitutivo de una violación del derecho internacional es necesario que concurren dos requisitos: a. las personas que lleven a cabo el secuestro deben ser agentes o actuar en nombre de un Estado distinto del Estado en el que se encuentra la persona víctima del secuestro y b. estos agentes deben actuar sin el consentimiento del Estado en el que se lleva a cabo el secuestro. En el caso Eichmann, la concurrencia del primero de los requisitos es sostenida por académicos como Bassiouni²⁷³ aunque nunca llegó a ser admitida por el propio Estado de Israel.

Esta definición, defendida en los años 70 por autores como Sponsler, está basada en la concepción originaria del derecho internacional como conjunto de normas reguladoras de las relaciones interestatales que concebían al individuo como objeto y no como sujeto de las mismas²⁷⁴. Su alcance, sin embargo, es limitado ya que deja fuera del ámbito de protección del derecho internacional a aquellas personas que son víctimas de un secuestro por parte de agentes privados, que en última instancia, logran el objetivo de personar al individuo en el Estado correspondiente, tanto para su enjuiciamiento como para el cumplimiento de una condena. Son los llamados “voluntarios privados”²⁷⁵.

un consenso en torno a los elementos del proceso penal internacional. Para ello se partirá de un enfoque basado en derechos humanos.

²⁷³ BASSIOUNI, C., *International Extradition. United States Law...op. cit.*, p.281

²⁷⁴ BASSIOUNI, C., *International Extradition. United States Law...op. cit.*, p. 23; QUISPE REMÓN, F., “El reconocimiento del derecho al debido proceso en el derecho internacional y su relación con Estados Unidos: El caso Guantánamo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Número 23, Época II, junio 2010, pp.245-278, p. 247. Sobre el proceso de humanización del derecho internacional ver DONELLY J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, 2002; ALSTON P. y MÉGRET F., *The United Nations and Human Rights, a critical appraisal*, Oxford University Press, 2007; YOUNG, K., *The Law and Process of the UN Human Rights Committee*, Transnational Publishers, New York, 2002, citado en QUISPE REMÓN, F. *El debido proceso en el derecho internacional...op. cit.*, p.111. Debe notarse que esta tendencia comenzaba a intuirse ya en algunos sectores de la doctrina hace más de 60 años. Así autores como Bourquin ya reconocían el creciente rol que el ser humano iba adquiriendo en lo que entonces se denominaba el derecho de gentes. BOURQUIN, M., *L’humanisation du droit des gens, La technique et les principes du Droit public-Études en l’honneur de Georges Scelle*, tomo I, Paris, LGDJ, 1950, pp.53-54.

²⁷⁵ Argumento utilizado en el caso Eichmann. En este caso se demostró que estos agentes operaban con el conocimiento o aquiescencia del Estado. Bassiouni advierte del peligro de que se acepte el argumento del “voluntario privado” porque ello significaría que los Estados podrían eludir su responsabilidad internacional permitiendo a sus agentes actuar como voluntarios privados. BASSIOUNI, C., *International Extradition. United States Law...op. cit.*, p. 81. En la actualidad, esta problemática debe ser abordada desde la atribución de responsabilidad al Estado por actos realizados por agentes que se encuentren efectivamente bajo su control. Véase el artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del

En los últimos tiempos, sin embargo, el derecho internacional ha sufrido una importante evolución en el ámbito del reconocimiento de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos cometidos por particulares. Así, hoy en día se puede afirmar que el Estado sería responsable por el comportamiento de los particulares “i) si esas personas al llevar a cabo el comportamiento tienen instrucciones precisas de lo que deben hacer o ii) si esas personas al llevar a cabo el comportamiento han sido dirigidos o controlados por el Estado, aunque este no le haya dado instrucciones precisas²⁷⁶”. En este marco, la profesora Manero Salvador distingue entre la “instrucción”, que considera una figura

Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2002:

Artículo 8. “Comportamiento bajo la dirección o control del Estado”. Se considerará hecho del Estado, según el derecho internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”. Para un análisis de los criterios propuestos por la Corte Internacional de Justicia para la verificación de la noción de control, véase el estudio realizado por Angelina Guillermina Meza: GUILLERMINA MEZA, A., “La responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos: la atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año IV, núm. 5, 2010. Subraya la autora, en la nota al pie 6 que “El Proyecto sobre Responsabilidad del Estado, no define la categoría de personas contempladas en el artículo 8. Al respecto, véase la definición del término “agentes” en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales y sus comentarios, en el inciso c) del artículo 2 c) El término “agente” comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa.” Sobre el concepto de “control efectivo”, véase el comentario al artículo 6 de este Proyecto de artículos. Disponible aquí. en el que se subraya, citando la jurisprudencia del TIJ que, para adquirir el rol de agente, el estatus oficial de la persona en la organización no es requisito indispensable. P. 17: “The Court understands the word “agent” in the most liberal sense, that is to say, any person who, whether a paid official or not, and whether permanently employed or not, has been charged by an organ of the organization with carrying out, or helping to carry out, one of its functions-in short, any person through whom it acts”. (Citando la Opinión Consultiva del TIJ en el asunto de la reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, 1949, p. 177). En efecto, aunque los actos cometidos por particulares no son, en principio imputables al Estado, como señala Jiménez García, “existen distintos supuestos de atribución al Estado de comportamientos de particulares bien porque resulten de facto asimilados a órganos del Estado (art. 4 del Proyecto), bien porque se puedan imputar al Estado en virtud de la existencia de instrucciones, control o dirección de tales comportamientos (art. 8 del Proyecto). Respecto del primero, se exige la existencia de una «total dependencia» entre la actuación de los particulares o grupo de particulares y la autoridad del Estado correspondiente hasta tal punto que aquellos serían un mero instrumento de la actuación estatal, pues otra solución permitiría a los Estados eludir su responsabilidad internacional mediante la interposición de personas o entidades cuya autonomía sería pura ficción. En cuanto al segundo, se trata de la doctrina del control o dirección del Estado sobre los actos llevados a cabo por las personas o grupos de personas que hayan cometido la conducta criminal”. JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez”, *REDI*, 2, 2011, p. 26. Para profundizar en el debate acerca de la clasificación de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por los Estados en función de su gravedad, véase PELLET, A., “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!”, *EJIL*, Vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 425-434, p. 426 y JORGENSE, N.H.B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, New York, 2000, pp.90-93.

²⁷⁶ MORENO FERNÁNDEZ, A., “La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización”, *REEL*, vol. 12, 2006, p. 21.

fácilmente identificable y la “dirección o control del Estado”, como cuestión más problemática²⁷⁷. Con respecto a este segundo concepto, la autora da cuenta de la existencia de dos teorías: la teoría del control efectivo y la teoría del control global. Mientras la primera “exige la individualización del comportamiento ilícito de que se trate y la prueba de la existencia de una relación directa entre la violación perpetrada y la actuación del Estado”, la segunda, “centra en la contextualización de los ilícitos en el marco o conjunto de las acciones realizadas por las personas o grupo de personas autores de la violación de que se trate y el establecimiento de vínculos efectivos de dirección del Estado respecto a tales personas o al grupo en cuestión, sin necesidad de exigir el control sobre todos y cada uno de los actos que integran el ilícito²⁷⁸”. Tras un análisis de la evolución de la aplicación de estas teorías, concluye, Manero Salvador que “la balanza se va a inclinar definitivamente de la primera de las opciones, tal y como se deriva de la sentencia relativa al Asunto sobre la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, que va a retomar la teoría del control efectivo, ya que «entiende que el criterio del control global presenta el grave inconveniente de ampliar el ámbito de responsabilidad del Estado bastante más allá del principio fundamental que gobierna el derecho de la responsabilidad internacional, a saber, que un Estado únicamente es responsable de su propio comportamiento, es decir, del de las personas que, por cualquier concepto actúen en su nombre. Para el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, el criterio del «control global» es inadecuado ya que distiende demasiado, casi hasta la ruptura, el nexo que ha de existir entre el comportamiento de los órganos del Estado y la responsabilidad internacional de éste último»²⁷⁹”.

En el marco concreto que nos ocupa, de cara a la atribución de responsabilidad internacional a los Estados implicados de una u otra manera en un secuestro, también es

²⁷⁷ MANERO SALVADOR, A., “Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 28, 2012, pp. 105-141, p. 121.

²⁷⁸ *Id.* La autora se apoya en la jurisprudencia del TIJ en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua en el primer caso, y en el razonamiento jurídico del TPIY en el caso Tadic, en el segundo caso.

²⁷⁹ *Id.* pp. 121-122. Recuerda además esta autora que en caso de que la imputación del comportamiento de un particular al Estado no prosperase, queda la vía de la imputación del ilícito por incumplimiento de su deber de debida diligencia, es decir, por no haber evitado la violación. En efecto, los deberes del Estado en el ámbito de los derechos humanos incluyen el deber de respeto pero también el deber de garantía, vertiente en la que se encuadra el posible incumplimiento del deber de debida diligencia.

importante distinguir la figura del secuestro en sentido estricto, de la “connivencia”, término utilizado para describir el traslado de una persona en contra de su voluntad a otro territorio, mediante la cooperación entre agentes extranjeros²⁸⁰ y nacionales o exclusivamente mediante agentes nacionales que actúan para el Estado extranjero²⁸¹. En este supuesto, en tanto que hay, como mínimo, aquiescencia por parte del Estado en cuyo territorio se lleva a cabo el “secuestro”, no cabe hablar de violación de la soberanía nacional del Estado²⁸².

Se podría añadir que la definición de secuestro adoptada en esta sección corre también el riesgo de eximir de responsabilidad internacional al Estado extranjero que se “beneficia” del rapto, cuando el secuestro y la entrega son efectuados por los agentes del territorio del Estado en el que se encuentra la persona, a “petición encubierta” del primer Estado²⁸³.

²⁸⁰ Esto ocurre en los países que conocen y admiten el régimen de los “cazadores de recompensa” -bounty hunters-, quienes persiguen al sospechoso en cuestión, incluso más allá de sus fronteras, pasando por encima de la ley, movidos por la recompensa que ofrecen las autoridades policiales de un país determinado. VILLAGRÁN KRAMER, F., “¡Mala Captus, Bene Detentus!.. *op. cit.*, p.13; BORELLI, S., Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad...*op. cit.*, p.40.

²⁸¹ BASSIOUNI, C., *International Extradition: United States Law and Practice...**op. cit.*, p. 280

²⁸² En este sentido, la clasificación de O’Higgins de los tipos de secuestros y las distintas responsabilidades en cada caso resulta interesante. Así, distingue entre “a. Recuperación (Recovery) de delincuentes fugitivos en violación del derecho internacional; b. Captura (Apprehension) de un delincuente fugitivo en el territorio del Estado B por parte de particulares, nacionales del Estado A, con la connivencia de los agentes del Estado A. c. Captura de un delincuente fugitivo en el territorio del Estado B por parte de particulares, nacionales del Estado A, sin la connivencia de los agentes del Estado A d. Captura irregular de un criminal fugitivo en el Estado B por un agente oficial del Estado B antes de ser extraditado al Estado A; e. Entrega errónea de un delincuente fugitivo por parte de un Estado a otro”. Traducción de la autora. O’HIGGINS, P., “Unlawful seizure and irregular extradition”, 36 *British Yearbook of International Law*, 1960, p. 279.

²⁸³ Esto ocurre cuando la detención de una persona es efectuada por los agentes del Estado en el que se encuentra, siendo entregado a los agentes de otro Estado al margen de un proceso legal o formal de extradición. Hay casos en los que llega a existir una colaboración entre más de dos Estados para llevar a cabo la extradición al margen del proceso legalmente establecido. Un caso representativo de este fenómeno es el caso Bozzano, en el cual un ciudadano italiano que se encontraba en Francia fue víctima de una detención ilegal en Francia y entregado por parte de agentes franceses a agentes suizos, tras haberse denegado la extradición oficial solicitada por Italia a Francia. Estando detenido en Suiza, Italia solicitó la extradición a este país, que la llevó a cabo a través de los mecanismos formales. El TEDH condenó esta práctica, tildándola de vulneradora de los derechos humanos. En concreto, se reconoce la violación del artículo 5.1. del CEDH, regulador del derecho a la libertad y la seguridad: “(...) the Court consequently concludes that the applicant's deprivation of liberty in the night of 26 to 27 October 1975 was neither "lawful", within the meaning of Article 5 § 1 (f) (art. 5-1-f), nor compatible with the "right to security of person". Depriving Mr. Bozano of his liberty in this way amounted in fact to a disguised form of extradition designed to circumvent the negative ruling of 15 May 1979 by the Indictment Division of the Limoges Court of Appeal, and not to "detention" necessary in the ordinary course of "action ... taken with a view to deportation". TEDH, Asunto Bozano c. France, sentencia de 18 diciembre de 1986, solicitud núm. 9990/82, párr. 60.

Otra variación del secuestro tradicional consiste en la utilización del engaño para llevar al sospechoso o fugitivo al territorio del Estado que quiera aplicarle su jurisdicción²⁸⁴. En el caso Domínguez, esta acción obtuvo una respuesta sin precedentes en la jurisprudencia norteamericana: se decretó la abstención por parte de la jurisdicción competente²⁸⁵.

3.1.1.1.2. Consecuencias y medios de defensa: soberanía nacional, derechos humanos y proceso legal internacional

Consecuencias

Se ha adelantado ya que al perpetrar un secuestro internacional, el Estado ejecutor incurre en tres categorías de violaciones: violación de la soberanía nacional del Estado en el que realice esta actividad, violación de los derechos humanos del individuo objeto del secuestro y violación del proceso legal internacional.

En este ámbito, la doctrina de la responsabilidad del Estado ha sido aplicada generalmente a la primera categoría (Caso Eichmann) y en ocasiones a la segunda

²⁸⁴ Véase, como ejemplo más reciente, el caso del pirata somalí, Abdi Hassan, sospechoso de haber participado en el secuestro del atunero español Alakrana, que viajó voluntariamente a Bruselas engañado por un grupo de agentes infiltrados que le habían hecho creer que estaban interesados en filmar una película sobre su vida. ABELLÁN, L., “Una trampa de cine para capturar a uno de los piratas más temidos de Somalia”, El País, 15 de octubre de 2013. Consultado el 15/10/2013.

²⁸⁵ Dominguez c. State (90 Tex. Crim. 92 (1921). Este asunto surge a raíz del secuestro de Domínguez, un ciudadano mexicano, en territorio de México por agentes estadounidenses que se equivocaron al identificar a la víctima. La persona secuestrada no era la buscada aunque sí estaba en búsqueda y captura por otro delito. Al advertir esto, en un intento de reponer el estado de las cosas al momento anterior de los hechos, fue dejado en libertad en territorio americano, para ser detenido automáticamente por el nuevo delito por los mismos agentes americanos. Para otros casos de secuestro mediante engaño véase PREUSS, L., “Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign Territory”, 29 *American Journal of International Law*, 1935, p. 506.

(Chattin Case²⁸⁶). Sin embargo, esta doctrina no ha sido utilizada como herramienta para exigir responsabilidades en caso de violación del proceso legal internacional²⁸⁷.

Por un lado, si bien es cierto que la responsabilidad del Estado es incuestionable cuando el agente oficial o privado actúa en su nombre, por órdenes del mismo, es más difícil determinar la responsabilidad del Estado cuando son los agentes privados los que realizan el secuestro²⁸⁸. Algunos autores sostienen que cuando ha habido incitación o inducción por parte del Estado para que agentes privados lleven a cabo un secuestro del que el Estado se beneficiaría, la responsabilidad del Estado queda fuera de toda duda²⁸⁹. Por otro lado, es necesario delimitar el alcance de la obligación de prevención del ilícito por parte del Estado y determinar así cuándo cabe la atribución de responsabilidad al mismo por inacción.

²⁸⁶ En este caso también se reconoció la responsabilidad del Estado por detención (no secuestro ilegal) de un ciudadano norteamericano en México. Este caso fue llevado ante la Comisión General de quejas de México y Estados Unidos para buscar una solución arbitral al conflicto. Como consecuencia de ello y en aplicación de los principios básicos de la responsabilidad del Estado, se condenó al Estado de México a pagar a la víctima una indemnización. Véase el Informe de premios de arbitraje internacional (Reports of International Arbitral Awards) de 23 de julio de 1927 de Naciones Unidas, vol. IV, pp. 282-312. Asunto B.E. Chattin (Estados Unidos de América) c. Estados Unidos Mexicanos. Disponible aquí. Consultado el 17/10/2013.

²⁸⁷ Ver opinión jurídica del Comité Jurídico Interamericano en el que se afirma que el secuestro es una violación grave del derecho internacional público. 32 International Legal Matters 277 (1993).

²⁸⁸ Preuss afirma que en este caso no hay ninguna obligación por parte del Estado de entregar al prisionero que ha sido trasladado a su territorio por agentes privados. Va un paso más allá y recurre al precedente sentado por el caso Savarkar en 1911 (prisionero indio que está siendo trasladado a India por barco inglés, se escapa en Francia y es detenido por los agentes franceses que lo entregan a los oficiales ingleses por error, pensando que era miembro de la tripulación) para afirmar que tampoco hay obligación de entrega cuando los agentes del Estado de asilo han participado en la detención. No obstante, reconoce que puede haber una obligación de extraditar o juzgar a los secuestradores: “Cuando un delincuente fugitivo ha sido secuestrado por particulares y, habiendo sido trasladado por la fuerza al territorio de un Estado extranjero, es arrestado, no hay aparentemente, obligación de liberar al detenido. Solo se incurre en responsabilidad internacional si concurre complicidad oficial. A fortiori, no hay obligación de entregar al detenido cuando agentes del Estado de asilo han participado en la detención o captura irregular”. Traducción de la autora. PREUSS, L., “Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign...*op. cit.*”, p. 507. Añade O’Higgins, que en estos casos, el derecho internacional no proporciona al Estado el que se encontraba la persona secuestrada ninguna herramienta para reclamar por ello una compensación aunque puede proceder civil y criminalmente contra las personas que hubieran llevado a cabo el secuestro. O’HIGGINS, P., Unlawful seizure and irregular extradition, 36 *British Yearbook of International Law* 279, 1960, pp.305. Según Gilbert, no hay surgimiento de responsabilidad internacional cuando el secuestro se lleva a cabo por agentes privados, GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p.339.

²⁸⁹ BASSIOUNI, C., *International Extradition: United States Law and Practice...op. cit.*, pp. 386; GREEN, L.C., “The Eichmann Case”, 23 *Modern Law Review* 507, 1960, p. 508. O’HIGGINS sostiene que basta con la connivencia del Estado para que ése incurra en responsabilidad internacional por complicidad. O’HIGGINS, P., “Unlawful seizure and irregular... *op. cit.*”, p.304. Véase, para todas estas cuestiones, el análisis realizado ás arriba sobre las teoría del control efectivo y del control global.

El profesor Bassiouni sugiere recurrir a la analogía con la regulación de los conflictos armados y los principios de responsabilidad penal, en tanto que de ellos se infieren normas aplicables a la responsabilidad individual y estatal por violación del derecho internacional de extradición²⁹⁰. En particular, pueden ser de aplicación los principios de responsabilidad de mando o responsabilidad del superior y la invalidez del argumento de cumplimiento de órdenes superiores para eximirse de los delitos cometidos²⁹¹.

Más allá de las consecuencias en el ámbito de la responsabilidad del Estado por la ejecución, inducción, conspiración o inacción en el secuestro, el deterioro de las relaciones diplomáticas entre los países involucrados es un efecto inmediato del quebrantamiento de la soberanía nacional. Las consecuencias de este deterioro pueden llegar a ser de gran alcance. Así, en el caso Álvarez Machaín, Méjico decidió dejar de cooperar con Estados Unidos en la lucha contra el narcotráfico hasta que éste accediera a revisar sus instrumentos jurídicos²⁹². En el caso Dikko, el secuestro de Ukko Dikko, ex Ministro de transporte nigeriano, llevado a cabo por agentes de este país en territorio inglés, provocó una crisis en las relaciones diplomáticas entre ambos Estados, que duró años e incluyó la expulsión recíproca de los representantes diplomáticos de ambos países²⁹³.

Medios de defensa

El primer mecanismo que debe traerse a colación como medio de defensa está directamente conectado con el principio de que ningún acto ilícito debe producir

²⁹⁰ BASSIOUNI, C., *International Extradition: United States Law and Practice...op. cit.*, p. 327.

²⁹¹ El Informe de Human Rights First de 2006 analiza en detalle la aplicabilidad de la doctrina de la responsabilidad del mando superior en el marco de las muertes de los detenidos en las prisiones bajo custodia americana en Irak y Afganistán. Human Rights First, “Command’s Responsibility. Detainee Deaths in U.S. Custody in Iraq and Afghanistan”, febrero de 2006.

²⁹² The Guardian, p. 8, 17 junio de 1992, citado en GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p. 350. La reciente extradición de Sandra Ávila Beltrán (La Reina del Pacífico) por parte de México a EEUU para ser juzgada por la entrega de 100 kilos de cocaína en Chicago en 2001 es la última confirmación del restablecimiento de las relaciones de cooperación en este ámbito. “La justicia mexicana avala la extradición a EEUU de la Reina del Pacífico”. El País, 8 de junio de 2012. Disponible aquí. Consultado el 28/10/2013.

²⁹³ AKINSANYA, A., “The Dikko Affair”, 34 *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, Shorter Articles, Comments and Notes, pp. 602-609.

resultados legales (*Ex iniuria ius oritur*). La doctrina ha relativizado su alcance, al relacionarlo con el uso de la fuerza sin autorización del Consejo de Seguridad, para evitar la comisión de atrocidades a gran escala por parte de un Estado en su propio territorio²⁹⁴. También se ha aludido al mismo para explicar la justificación del no reconocimiento de la anexión de Estonia, Latvia y Lituania por parte de la Unión

²⁹⁴ SIMMA, B., “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *European Journal of International Law*, 10, 1999, p.22, traducción de la autora: “(...) si bien es cierto que la amenaza del uso de la fuerza que, desde el otoño de 1998, lleva a cabo la OTAN contra la República de Yugoslavia en la crisis de Kosovo es ilegal debido a la falta de autorización del Consejo de Seguridad, la Alianza ha hecho todos los esfuerzos posibles por aproximarse a la legalidad vinculando, en primer lugar, sus esfuerzos a las Resoluciones del Consejo que sí existían y caracterizando, en segundo lugar, su acción como medida urgente para evitar desastres humanitarios aún mayores en Kosovo, teniendo en cuenta el estado de necesidad humanitaria. La lección que se puede extraer de esto es que desgraciadamente sí que existen “casos difíciles” en los que hay que enfrentarse a terribles dilemas. En ocasiones puede parecer que las consideraciones políticas y morales no permiten otra alternativa que la de actuar al margen de la ley”; CASSESE, A., “*Ex iniuria ius oritur*: Are we moving towards international legitimization of forcible humanitarian countermeasures in the world community?”, *EJIL*, vol. 10, 1999, p.29, traducción de la autora. Este segundo artículo corrobora lo sostenido en el primero y apoya la adecuación del análisis del principio *Ex iniuria ius oritur* a la luz de la intervención de la OTAN en Kosovo para acabar justificando el uso de la fuerza a pesar de su ilegalidad: “(...) constituiría una excepción similar a aquella recogida en sistema de imposición colectiva de la Carta de Naciones Unidas basada en la autorización del Consejo de Seguridad. En otras palabras, constituiría una excepción similar a aquella recogida en el artículo 51 de la Carta (defensa propia). (...) En el caso de contramedidas forzadas para prevenir crímenes de lesa humanidad, el recurso individual a la fuerza estaría garantizado (ej. Recurso al uso de la fuerza al margen de las autorizaciones del Consejo de Seguridad) por la necesidad de poner fin a violaciones tan graves de derechos humanos que representen una amenaza a la paz internacional, en el caso de que no existieran métodos alternativos para frenar esas violaciones”. En cualquier caso, a pesar de que autores excelsos como Cassese o Simma hayan intentado defender, desde la ética, el uso de la fuerza sin autorización del Consejo de Seguridad a través del análisis del caso de Kosovo, la ilegalidad de esta actuación no ha sido puesta en duda en ningún momento y así lo sostiene una gran parte de la doctrina, que además se muestra crítica con el peligro de caer en la justificación de las mismas a través de estos argumentos. Autores como Díez de Velasco, Remiro Brotons o Saénz de Santamaría sostienen que las operaciones militares iniciadas por las fuerzas de la OTAN en marzo de 1999 en el territorio de la Antigua Yugoslavia, sin el apoyo de una resolución del Consejo de Seguridad basada en el Capítulo VII de la Carta, no pueden estimarse conforme al derecho internacional. DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 928; SÁENZ DE SANTAMARÍA, A., “Kosovo: Todo por el Derecho Internacional pero sin el Derecho Internacional”, *Meridiano, C.E.R.I.*, núm. 28, agosto de 1999, p. 4-8; REMIRO BROTONS, A., “¿De la asistencia a la agresión humanitaria? OTAN versus Consejo de Seguridad”, *Política Exterior*, Vol. 13, mayo-junio, 1999, núm. 69, pp. 17-21. Se sostiene aquí que las circunstancias que rodean al secuestro internacional no pueden ser comparables en términos de necesidad, urgencia o proporcionalidad con el escenario de violación sistemática de derechos humanos existente en Kosovo en 1999 en el que se enmarcan estos argumentos, ni que este precedente de defensa de los límites de este principio pueda, por tanto, ser invocado en nuestro ámbito para justificar el secuestro. Y ello por varios motivos: por un lado, en los casos de secuestros internacionales, la actuación del Estado o Estados involucrados no viene precedida de un intento real de operar dentro de la legalidad (haber solicitado la extradición y haber obtenido una respuesta negativa no puede ser entendido como “hacer todos los esfuerzos posibles para actuar en el marco de la legalidad”). Por otro lado, sin infravalorar la importancia de la erradicación de la impunidad para el fortalecimiento de cualquier sistema jurídico, en los casos de persecución de delitos ya cometidos, no concurre el elemento de emergencia humanitaria que se invoca en este caso para justificar la acción “objetivamente ilegal” de la OTAN. Así la define el profesor Delbrueck, citado en LEGAULT A., “Nato intervention in Kosovo: the legal context”, *Canadian Military Journal*, primavera, 2000, p.64.

Soviética en 1940, resultante de los pactos secretos de no agresión entre la Alemania Nazi y la URSS²⁹⁵.

Por otro lado, en el ámbito concreto de la extradición que aquí nos ocupa, este principio se ha venido reforzando a través de su invocación en sentencias de tribunales domésticos que no solo han reconocido la falta de efectos jurídicos de un acto ilícito sino que han dictaminado la restitución como mecanismo resarcitorio²⁹⁶.

²⁹⁵ KORMAN, S., *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*. Oxford Clarendon Press, 1996, pp. 292-302. Se aplicó en este caso la llamada doctrina Stimson, que tiene su origen en una nota enviada por parte de Estados Unidos a China y Japón en la que se declaraba que aquellos intercambios territoriales ejecutados por la fuerza no serían reconocidos. Para profundizar sobre esta doctrina y su aplicación en el caso Báltico, véase LANGER, R., *The Stimson Doctrine and Related Principles in Legal Theory and Diplomatic Practice*, Princeton, Princeton University Press, 1947.

²⁹⁶ En el caso Jacob-Salomon, que tuvo lugar en 1921, un ex ciudadano alemán fue secuestrado en Suiza y llevado por la fuerza a Alemania por agentes privados que actuaron por órdenes de este último Estado. Por aplicación de un Tratado existente entre ambos países, el caso se sometió a arbitraje aunque poco después de iniciar el procedimiento, Alemania reconoció su error y entregó a Jacob a las autoridades suizas. El caso de Lampersberger, en 1935, constituye uno de los supuestos en los que el Estado que llevó a cabo el secuestro se vio obligado a restituir el estado de las cosas al momento anterior al secuestro del refugiado político alemán, Herr Lampersberger. Éste fue secuestrado en territorio checo por agentes alemanes, cuyo castigo fue reclamado tras su liberación. PREUSS, L., "Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign...*op. cit.*", pp.502-506. Con anterioridad a estos casos, en el s.XIX, en el histórico caso Rauscher, la Corte Suprema americana abordó la posible violación del Tratado de extradición, entre el Reino Unido y Estados Unidos, en la extradición del ciudadano inglés Rauscher por un delito distinto del que motivó su solicitud de extradición. En este caso, la Corte Suprema, defendió una postura muy garantista condenando y no reconociendo la legalidad de esta práctica, a pesar de que el traslado de Rauscher se había efectuado en virtud de un procedimiento de extradición oficial. Estados Unidos c. Rauscher, 119 US 407, 7 S. CT. 234 (1886), traducción de la autora: "Una persona que ha sido trasladada a territorio bajo jurisdicción de la corte en virtud de un procedimiento de extradición en aplicación de un tratado de extradición solo puede ser juzgada por los delitos tipificados en ese tratado, y por el delito que se le impute en la solicitud de extradición, dándole la oportunidad de volver al país del que fue trasladado, una vez ha sido liberado o juzgado." Este caso, que también se refiere a que no es el poder ejecutivo del Estado requerido sino el poder judicial, el que tiene la responsabilidad de garantizar los derechos del sujeto extraditado, confirma la evolución de la jurisprudencia estadounidense hacia una postura cada vez más limitadora de las garantías procesales y manifiestamente contraria al respeto de los derechos procesales en el ámbito de la extradición. Esta sentencia resulta aún más sorprendente y evidenciadora de la profunda contradicción que subyace a la concepción judicial de los derechos procesales en la jurisprudencia norteamericana, si se tiene en cuenta que fue dictada por el mismo Juez (Juez Miller), el mismo día en que dictó la sentencia Ker c. Illinois, 7 S.Ct. 225, (1886), en la que se afirma que el hecho de que la presencia del sospechoso haya sido garantizada mediante secuestro, no es óbice para que el tribunal con jurisdicción sobre el territorio en el que se encuentra el sujeto, conozca del caso. A pesar de que esta decisión sería posteriormente revocada por la Corte Suprema, en el caso Álvarez Machaín (véase el análisis de este caso en el apartado correspondiente), la sentencia dictada por la Corte de Apelación en 1992, defiende el referido principio de que "un acto ilícito no puede producir consecuencias legales" mediante la ordenación del restablecimiento de la situación a su estado anterior. Así, ordena la retirada de la acusación y el traslado de Machaín a México. En la sentencia dictada por el Tribunal de Distrito que condenó a Caro-Quintero por el secuestro de Álvarez Machaín por encargo de la Agencia estadounidense de lucha contra las Drogas (DEA) se afirma que "Under international law, a state that has violated an international obligation to another state is required to terminate the violation and make reparation to the offended state. (...) The reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed." Estados Unidos c. Caro Quintero, 745 F. Supp. 599. Esta decisión se basó en una sentencia

La restitución de la situación al momento anterior al secuestro o la obligación de devolución del ciudadano secuestrado al territorio del Estado en el que se encontraba asilado constituye, *en la actualidad*, un elemento común y casi definitorio de las sentencias dictadas en el ámbito del secuestro internacional²⁹⁷. Esta restitución debe

anterior, el caso Verdugo-Urquidez (Estados Unidos c. Verdugo-Urquidez, 939 F. 2d 1341), de 1991, en la que el secuestro de un ciudadano mexicano en el territorio de este Estado, con autorización o participación de Estados Unidos, era constitutivo de una violación del Tratado de extradición entre ambos países y que la reparación, como en el caso Machaín, requería la anulación de la acción penal y la devolución del sujeto en cuestión a México. También en este sentido, podemos encontrar el caso Toscanino, en el que los tribunales americanos se apartan de la doctrina Ker-Frisbie, sosteniendo que cuando la personación del acusado ante los tribunales sea el resultado de la violación de sus derechos constitucionales, el tribunal debe renunciar a su jurisdicción (Estados Unidos c. Toscanino, 500 F.2d 267, 2^d Cir. 1974). Para profundizar en este caso, véase BOLSTAD, D.C., “Combating Torture: Revitalizing the Toscanino exception to the Ker-Frisbie doctrine”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 13, 1991, p. 871. Otros casos históricos en los que han sido remediados de una u otra manera incluyen el Affaire Mantovani de 1965, en virtud del cual Italia devolvió a Suiza a una persona que había sido trasladada allí mediante secuestro; The Red Crusader, 1962. En este caso Dinamarca secuestra a un capitán de barco inglés que supuestamente había pescado ilegalmente en sus aguas territoriales. Ante las protestas del Reino Unido, fue devuelto a su Estado de origen. En España, el caso Samper constituye un referente histórico en el que el Tribunal Supremo revocó la sentencia condenatoria a un ciudadano español que se había refugiado en Portugal y que había sido extraditado para ser juzgado por un delito diferente del delito para el que se solicitó la extradición, Fiscal c. Samper, 7 Ann. Dig. 402., Tribunal Supremo español, 1934. Este caso representa una innovación en tanto que constituye un reconocimiento muy temprano de los derechos del individuo en el ámbito de las relaciones internacionales (el argumento principal estaba basado en el derecho de asilo de la persona en el caso en cuestión). Otros ejemplos en la jurisprudencia norteamericana en los que, en aplicación del principio *ex iura non oritur*, se procedió a devolver la situación de las cosas a su estado original, devolviendo para ello a la víctima del secuestro al Estado en el que se encontraba antes del incidente incluyen Ford c. Estados Unidos, 273 US 593 (1927), Estados Unidos c. Schouwiler, 19 F.2d 387 (SD Cla. 1927), Estados Unidos c. Ferris, 19 F.2d 925 (N.D. Cla 1927) y el referido caso Dominguez c. el Estado, 90 Tex. Crim. 90, 234, S.W. 79 (1921).

²⁹⁷ Algunos autores extienden el alcance de esta obligación a los casos de traslado mediante engaño: “There likewise appears to be an obligation to restore to the state of asylum a fugitive who has been arrested on its territory, or induced by fraud to leave its territory, by individuals acting with the complicity of agents of the arresting state”. PREUSS, L., Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign... *op. cit.*, p. 506. La cursiva utilizada en la expresión “en la actualidad” responde a la necesidad de subrayar que esto no ha sido siempre así. En los países de common law no existe una postura unánime acerca del efecto que debe tener el secuestro en la jurisdicción del Estado que se ha visto beneficiado por el mismo. En el Reino Unido hasta los años 80, los Tribunales no se planteaban la posibilidad de renunciar a su jurisdicción si la presencia del acusado se había garantizado mediante abusos. El caso Mackerson, en el que un acusado había sido llevado ante los tribunales mediante un proceso de extradición encubierta (deportación) sentó un precedente, ya que como consecuencia de ello, el juez competente se abstuvo de conocer el caso (Reg. v. Bow Street Magistrates, Ex parte Mackeson (1981) 75 Cr.App.R. 24, D.C.). Más adelante el caso Guilford matizó esta tendencia, afirmando que la utilización de la discrecionalidad del juez para renunciar a su jurisdicción solo sería procedente si hubieran participado en el secuestro agentes británicos (R v. Guilford Magistrates’ Court, ex P. Healey, 1983 1 WLR 108). En la actualidad, el caso de referencia es el asunto Bennet, en el que un ciudadano inglés es secuestrado por agentes sudafricanos e ingleses, en colaboración, en Sudáfrica y trasladado al Reino Unido para ser juzgado. En este caso, el Tribunal reconoce que el secuestro constituye una violación del derecho internacional y de los derechos humanos del fugitivo lo suficientemente grave como para viciar la jurisdicción del Tribunal. (Bennet c. Horseferry Road Magistrates’ Court (1994) 1 AC 42). Por su parte, Nueva Zelanda, desde 1978, viene sosteniendo una postura garantista en la que deniega la competencia de los tribunales para conocer de casos cuyos acusados hubieran sido trasladados mediante secuestro (R c. Hartley (1978) 2 NZLR 199). También en este sentido, podemos encontrar sentencias en Sudáfrica (El

entenderse como incluyente de una renuncia a ejercer su jurisdicción por parte del Tribunal del territorio en el que se encuentre la persona víctima del secuestro. Autores como Gilbert insisten en la importancia de que el poder judicial no apruebe implícitamente el secuestro mediante la aceptación de la jurisdicción²⁹⁸. No obstante, la postura de la doctrina en esta cuestión no ha sido unánime²⁹⁹.

En segundo lugar, el Estado ofendido, contra cuya soberanía se ha atentado, tiene algunos recursos para defenderse del ataque sufrido.

Hasta el caso Jacob-Salomon en 1935, la negociación por vía diplomática y la actuación por parte de los tribunales domésticos fueron los recursos más utilizados para solucionar las violaciones y los conflictos resultantes del secuestro internacional³⁰⁰. Este caso fue el primero llevado ante un tribunal internacional para buscar una solución mediante arbitraje³⁰¹. Entre los mecanismos jurídicos a disposición del Estado ofendido podemos encontrar, por un lado, la posibilidad de procesar a los presuntos responsables del

Estado c. Ebrahim, 31 INT. LEG.MAT. 888 (1992)) y Zimbabwe (Beahan c. El Estado, 103 INT'L REP. 203 (Zimbabwe S. Ct, 1991), citados en GILBERT, G., *Transitional Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p. 359. En la actualidad, Estados Unidos, se aparta de la tendencia general hacia el reconocimiento del rol de los tribunales en la protección y respeto de los derechos humanos y de la defensa del imperio de la ley y como veremos, defiende, a día de hoy, a través de su práctica, la aplicabilidad de la doctrina Ker-Frisbie, que reconoce la jurisdicción de los tribunales estadounidenses independientemente de los medios a través de los cuales se hubiera garantizado la presencia del acusado ante el tribunal. Sin embargo, en EEUU la violación de un convenio bilateral de extradición sí puede invalidar la jurisdicción en tanto que, tal y como recuerda O'Higgins, los convenios son parte del derecho interno. La jurisprudencia sobre esta cuestión en los países con sistemas continentales tampoco sugiere un modelo a seguir.

²⁹⁸ GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p.362.

²⁹⁹ GREEN, L.C., "The Eichmann Case", 23 *Modern Law Review* 507, 1960, p. 509, traducción de la autora: "Puede el Estado a cuyo territorio haya sido trasladada la víctima tener la obligación de rescatarla de sus secuestradores. Esto, sin embargo, no quiere decir que exista una obligación de devolución al país del que ha venido. De hecho, una vez "rescatado", podría ser detenido y juzgado en el país en el que se encuentra". Este autor apoya su posición en los argumentos esgrimidos por Lord Goddard en el caso Ex p. Elliot de 1949 en el que un desertor había sido detenido en Bruselas por la policía militar inglesa, bajo supervisión de la policía belga, y llevado ante los tribunales ingleses: "if a person is arrested abroad and he is brought before a court in this country charged with an offence which that court has jurisdiction to hear...he is charged with an offence against English law, the law applicable to the case....We have no power to go into the question, once a prisoner is in lawful custody in this country, of the circumstances in which he may have been brought here".

³⁰⁰ PREUSS, L., *Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign... op. cit.*, p. 502.

³⁰¹ El gobierno suizo, en una nota de 27 de abril de 1935 solicitó que esta disputa fuese sometida a arbitraje en virtud del Tratado de Arbitraje y Conciliación de 2 de diciembre de 1921, lo cual fue aceptado por Alemania mediante nota del 6 de mayo. Este tratado contemplaba el recurso al arbitraje como subsidiario con respecto a la solución de las controversias por vía diplomática (artículos 1 y 2).

secuestro y solicitar su extradición, bien para su enjuiciamiento bien para el cumplimiento de la condena si el juicio ha tenido lugar *in absentia*³⁰². El caso Villareal y Hernández c. Hammond³⁰³, es un ejemplo paradigmático de ello³⁰⁴. En este caso, se reconoció la primacía de la ley y la soberanía nacional sobre la jurisdicción *in personam*, pero la vigencia de los argumentos presentados por los demandantes sigue resultando sorprendente a día de hoy, ya que, aunque no se defiendan públicamente como en el presente caso, son estas creencias las que subyacen a la actuación de muchos Estados cuando deciden recurrir a los métodos alternativos a la extradición oficial.

³⁰² Cuando el secuestro ha sido perpetrado por agentes extranjeros que han vuelto a su país, el procesamiento efectivo de los mismos por parte del Estado que ha visto quebrantada su soberanía se hace más complicado en tanto que incluso existiendo tratado de extradición entre ambos Estados, el principio de no entrega de nacionales, aunque recientemente matizado por los esfuerzos internacionales y regionales en el ámbito de la cooperación judicial, sigue siendo uno de los elementos definitorios de esta figura. En el ámbito europeo, este delito estaría dentro de los delitos incluidos en la Orden de Detención y Entrega europea en tanto que el secuestro, la detención ilegal y la toma de rehenes forman parte de la lista de los 32 delitos del artículo 2.2 de la Decisión Marco, respecto de los cuales la orden debe aplicarse sin control de la doble tipificación, siempre que esté castigado en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos tres años. En relación a la aplicabilidad del principio de no extradición de nacionales, la Decisión Marco regula esta cuestión en tanto que detalla los requisitos que permiten condicionar o denegar la extradición de un nacional, no pudiéndose por consiguiente, esgrimir discrecionalmente en este contexto la referida excepción. Sobre el principio de no extradición de nacionales, véase supra, p. cap

³⁰³ Villareal c. Hammond, 74 F.2d 503, C.A.5 1934, 6 de diciembre de 1934.

³⁰⁴ En este asunto, los demandantes (Villareal y Hernández) fueron acusados de un delito de secuestro en México tras entrar en este país y trasladar forzosamente a Estados Unidos a López, un estafador financiero que había escapado y se había refugiado en Tamaulipas, México. Por este motivo, México solicitó su extradición. Para justificar que el acto cometido no era constitutivo de una violación de la soberanía nacional en tanto que no podía ser calificado de secuestro ni según el tratado de extradición vigente entre ambos Estados, ni de acuerdo con las leyes mexicanas o de Texas, los demandantes esgrimieron que uno de los requisitos de este tipo es que el secuestro se hubiera llevado a cabo “con fines ilegítimos”, circunstancia que no se da en el caso en cuestión ya que el fin del secuestro era “el legítimo y encomiable fin de traer a un conocido fugitivo ante la justicia”. En segunda instancia, el Tribunal de Apelación confirmó la concurrencia de un delito de secuestro y corroboró la entrega de los demandantes para que fueran enjuiciados por este delito: “Se comprobó que Villareal, tras asegurar que la cantidad de la recompensa había sido colocada en custodia, se dirigió a México para traer de vuelta a López. Tras fracasar en su intento de deportarlo como ciudadano estadounidense que se encontraba ilegalmente en México, acordó con Hernández y otros militares la captura y traslado de López por la fuerza y con violencia desde el lado mexicano del río. Así, siguiendo el plan trazado, se colocó en la parte americana, en el lugar acordado, donde según las leyes norteamericanas y mexicanas, está prohibido cruzar, y esperó para completar el secuestro. Concurrieron todos los elementos del secuestro. Todos los incidentes de secuestro estaban presentes. Inducido por Hernández, su supuesto amigo, la víctima se acercó al coche en el que se hallaban sus secuestradores. López fue detenido, esposado, golpeado, llevado hasta el río, y, mediante amenazas y violencia, fue obligado a cruzarlo en un lugar prohibido. Tan pronto como pudo, Villareal, que le esperaba al otro lado con una pistola, lo detuvo. A raíz de estos hechos, se abrió un procedimiento penal en México contra Villareal y Hernández por el delito de secuestro y se dieron pasos hacia la invocación del tratado de extradición. El Juez de Distrito, apreciando la existencia de pruebas de la comisión del secuestro rechazó las alegaciones de los demandantes y ordenó su prisión preventiva.” Traducción de la autora. Supra Villareal c. Hammond, 74 F.2d 503, C.A.5 1934, 6 de diciembre de 1934.

Por otro lado, el Estado ofendido puede recurrir a la calificación del secuestro como acto contrario al derecho internacional, en tanto que constitutivo de una injerencia en sus asuntos internos. En este caso, quedaría activada la posibilidad de recurso al TIJ³⁰⁵, en los supuestos en los que las partes acepten su jurisdicción³⁰⁶.

El Estado cuya soberanía nacional se ha quebrantado por otro Estado también puede invocar la violación de los derechos de la persona secuestrada tanto para solucionar el problema por la vía diplomática con la correspondiente reparación, como para hacerlo ante los Tribunales del Estado infractor, denunciando allí la vulneración de los derechos humanos de la persona en cuestión.

En tercer lugar, como resultado del ya referido proceso de humanización del derecho internacional, la persona secuestrada que ha visto vulnerados sus derechos humanos también tiene a su disposición mecanismos a través de los cuales puede denunciar estas violaciones y exigir su liberación.

Los actos que conforman el secuestro internacional son constitutivos de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el marco del derecho internacional consuetudinario como en el ámbito convencional³⁰⁷.

En última instancia, en caso de negativa por parte de los tribunales nacionales, podría recurrir a las instancias de protección de derechos humanos de carácter regional o internacional ya analizadas en este capítulo.

A nivel europeo, según Gilbert, el secuestro puede ser constitutivo de una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en tanto que el

³⁰⁵ Véase el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. TIJ, Nicaragua c. Estados Unidos de América, sentencia de 27 de junio de 1986. Este caso es el referente jurisprudencial de la Corte en relación a la violación de la soberanía nacional y por ende del derecho internacional a través de la intervención extranjera. El Tribunal afirmó aquí que la no intervención formaba parte del derecho internacional consuetudinario.

³⁰⁶ La aceptación de la jurisdicción del Tribunal puede realizarse mediante diversas formas: a. Por medio de un acuerdo en concreto (compromiso) que persigue someter un asunto determinado a la jurisdicción del Tribunal; b. Por medio de una cláusula compromisaria contenida en un Tratado para someter al Tribunal todos los casos que se presenten en el futuro y, c. A través de la aceptación de la cláusula facultativa que regula el mecanismo de jurisdicción obligatoria del TIJ. Véase DÍEZ DE VELASCO, M., Capítulo XXXIX: “Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (IV): medios de argelos de carácter jurisdiccional II: El Tribunal Internacional de Justicia”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003.

³⁰⁷ KALECK, W., “Justice and accountability in Europe: discussing strategies, in CIA- Extraordinary rendition flights, torture and accountability- a European approach”, *European Center for Constitutional and Human Rights*, Germany, 2008, p.17.

traslado forzoso de una persona a un país extranjero puede llegar a ser considerado como un trato inhumano o degradante³⁰⁸. Esta estrategia de defensa propuesta por el autor debe ser completada con el reconocimiento de los derechos de libertad y de seguridad del artículo 5, que exige el ajuste a derecho de cualquier privación de libertad³⁰⁹.

Sin embargo, también el artículo 7, que reconoce el derecho a la seguridad, se ve violado por este tipo de conductas. Tanto el secuestro como cualquiera de los tipos de extradiciones encubiertas o extraordinarias objeto de este trabajo atentan contra estos derechos, recogidos en el CEDH, por lo que permiten el recurso al TEDH por parte de la persona objeto de la extradición que ha sido víctima del mismo.

3.1.1.1.3. Casos de referencia: *Álvarez-Machain* y *Tschombe*

A lo largo del siglo XX, los secuestros internacionales han sido una constante. Conviene, no obstante, resaltar algunos de los casos más notorios para inferir, a través

³⁰⁸ El artículo 3, que prohíbe la tortura reza como sigue: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition...op. cit.*, p. 358. El Comité contra la Tortura, por su parte, ha determinado que el Estado que tenga “control efectivo” sobre el individuo queda vinculado por el principio de “non-refoulement”. Comité contra la Tortura (CAT), Conclusiones y recomendaciones: Reino Unido e Irlanda del Norte-territorios dependientes. Doc NU. CAT/C/CR/33/3, 10 diciembre de 2004, párr. 4(b) y. 5(e). El TEDH ha conocido de casos en los que se alegaba que el traslado de un país a otro expondría al demandante a tratos inhumanos y por ende, constitutivos de una violación del artículo 3 del CEDH. En algunos casos la Corte ha apreciado la posible concurrencia de esta posible violación (TEDH, Asunto I.K. c. Austria, solicitud núm. 2964/12, sentencia de 28 de marzo de 2013) mientras que en otros lo ha rechazado (TEDH, Asunto Mohammed c. Austria, solicitud núm. 2283/12, sentencia de 6 de junio de 2013). Véase el apartado “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” para un análisis más detallado de los pronunciamientos del TEDH en relación a las violaciones de derechos humanos derivadas de secuestros.

³⁰⁹ Artículo 5 de la CEDH. “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente. b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley. c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido (...). f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

de su análisis, los elementos comunes, las motivaciones y las consecuencias jurídicas y políticas del recurso a esta figura³¹⁰.

El secuestro de Tshombe, 1967

Moise Tshombe, líder de la provincia rebelde del Congo a principios de los 60, ejerció el cargo de Primer Ministro durante un tiempo y fue forzado al exilio tras el sangriento golpe de Estado de Mobutu en noviembre de 1965. Se refugió en España y posteriormente fue juzgado en rebeldía por traición, propaganda subversiva, incitar la rebelión, reclutamiento de mercenarios para usar en contra del Congo, venta de los minerales del Congo a extranjeros y cooperación en el asesinato del primer Presidente Congoleño, Patricio Lubumba. Fue condenado a muerte *in absentia*. Estando en Ibiza, alquiló un avión privado inglés en el que fue secuestrado. El avión, forzado por uno de los pasajeros que sacó una pistola, aterrizó en Argelia, que, a pesar de la sentencia de su Tribunal Supremo en la que se afirmaba que la extradición era válida, decidió no entregar a Tshombe al considerar que se trataba de un caso político³¹¹.

³¹⁰ Otros casos importantes de secuestro internacional incluyen el caso Noriega o el caso Rodrigo Granda. El primero surge a raíz de la invasión de Panamá por Estados Unidos en 1989 aprovechando, entre otras cosas, para secuestrar y trasladar a territorio estadounidense al General Noriega, considerado el líder de facto del Panamá en ese momento, contra el que había una acusación formal por aceptar dinero del cártel de Medellín a cambio de proteger a los narcotraficantes frente a la ley. Este caso sentó un importante precedente ya que puso de manifiesto la flagrante inobservancia de la tradicional inmunidad que, hasta ese momento, venía reconociéndose a los líderes o jefes de Estado (de iure o de facto) en las relaciones internacionales. Se vuelve a afirmar aquí la vigencia de la doctrina norteamericana Ker-Frisbie, que aboga por que la jurisdicción de un tribunal no se vea afectada por los métodos empleados para garantizar la presencia del acusado ante el tribunal. El tribunal confirmó su jurisdicción sobre este caso sobre la base del caso Álvarez-Machain, que será seguidamente analizado, en el que se sostiene que es posible gozar de competencia para juzgar a un presunto delincuente que haya sido secuestrado, independientemente de que exista entre ambos países un tratado de extradición. Caso Noriega c. Estados Unidos, 746 F.Supp. 1506, 1533 (s.D. Fla. 1990). Véase FRANCES Y.F. MA., “Noriega’s Abduction from Panama: Is Military Invasión an Appropriate Substitute for International Extradition?”, *Loy. LA. Int’l & Comp.L.J.*, núm. 13, 1990-1991, p. 925, y HASSON, A.I., “Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet and Milosevic-Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law”, *Int’l Comp. Law Review*, núm. 25, 2002, p. 125. En el caso Rodrigo Granda, el secuestro de este ciudadano mexicano, por entonces número 2 de las FARC, en un café de Caracas el 13 de diciembre de 2005 y su traslado a Colombia, provocó una importante crisis entre el Gobierno colombiano de Álvaro Uribe y el Gobierno venezolano de Hugo Chávez, que denunció la violación de su soberanía nacional. El conflicto cesó tras una entrevista privada entre estos dos mandatarios el 15 de febrero de 2005.

³¹¹ SPONSLER H.T., “International kidnapping”...*op. cit.*, pp. 40 y ss. Este autor cita un periódico norteamericano de la época, para reflejar la percepción de este suceso en la comunidad internacional contemporánea: “what is at stake is a delicate issue of international law, the right of political asylum and the essential human right of freedom to travel without fear of being kidnapped at gunpoint”. *America*, 5 de agosto de 1967.

Álvarez Machaín, 1994

El caso Álvarez Machaín también es un asunto de gran trascendencia en el ámbito del secuestro internacional ya que representa la vuelta de los Estados Unidos a la adopción de la doctrina Ker-Frisbie³¹².

Los hechos que precedieron el secuestro objeto de análisis pueden ser resumidos de la siguiente manera: en 1985, Enrique Camarena-Salazar fue secuestrado, torturado e interrogado durante dos días y posteriormente asesinado en México. En base a testigos oculares, la Agencia Americana de lucha contra la Droga (DEA) llegó a creer, equivocadamente, que Humberto Álvarez Machaín estaba presente en la casa en la que se perpetraron los crímenes y que contribuyó a prolongar la vida de la víctima con el fin de alargar la tortura y el interrogatorio.

Como consecuencia de ello, en 1990, un tribunal federal estadounidense acusó a Machaín de los delitos de tortura y asesinato, y dictó contra él, una orden de arresto. Estando en vigor un convenio de extradición entre México y los Estados Unidos, en un principio, esta Agencia solicitó ayuda al Gobierno Mexicano para detener al acusado³¹³. Ante la falta de resultados, decidió aprobar un plan consistente en la contratación de nacionales mexicanos para secuestrar a Álvarez Machaín con el fin de trasladarlo a Estados Unidos donde sería procesado³¹⁴.

Así, encontrándose en el territorio de su país, Álvarez Machaín fue secuestrado, sin que el Gobierno de México tuviera conocimiento de ello, y trasladado mediante un avión privado a Tejas, donde se procedió a su detención oficial por parte de agentes estadounidenses. Fue juzgado ante una Corte de Distrito que dictaminó no tener jurisdicción en tanto que el acusado había sido sustraído en violación del Tratado de Extradición entre México y EEUU.

³¹² Para un análisis crítico de esta doctrina que presenta sólidas razones jurídicas para su abandono, véase SCHONS, G.W., "United States v. Toscanino: an Assault on the Ker-Frisbie Rule", *San Diego L. Rev.* núm 12, 1974-1975, p. 865.

³¹³ A pesar de que tanto la víctima como el presunto autor del delito perpetrado en México eran ciudadanos de este país.

³¹⁴ Esto quedó establecido en la sentencia EEUU c. Caro-Quintero, 745 F. Supp. 599, 602-604, 609 (CD Cal. 1990).

Por este motivo, el Tribunal ordenó su repatriación, que fue confirmada por la Corte de Apelación. Sin embargo, en última instancia, la Corte Suprema revocó el fallo restableciendo la doctrina Ker-Frisbie y apoyándose para ello en los numerosos fallos jurisprudenciales en este sentido (EEUU c. Rauches 119 US 407 (1886), Ker c. Illinois³¹⁵, 119 US 436 (1886) Frisbie c. Collins 324 US 519 y 343 US 937 (1952) y Verdugo Urquidez 939 F2 d. 1341 (CA9 1991)³¹⁶.

La Corte Suprema argumentó que un acusado sustraído de un país con el cual los EEUU tienen un tratado de extradición no adquiere, por esta razón una protección contra la jurisdicción de las cortes de los EEUU, pudiendo ser juzgado en una Corte Federal de distrito por violaciones al derecho penal de los EEUU. El Tribunal también sostuvo aquí que el Tratado no prohíbe expresamente el secuestro de un acusado y que la decisión respecto a si éste debe ser devuelto a México, en tanto que se trata de una cuestión fuera del ámbito del Tratado, corresponde al poder ejecutivo. Uno de los razonamientos jurídicos esgrimidos por la Corte fue que la detención ilegal de un nacional mexicano por un período no superior a un día para ser entregado a las autoridades estadounidenses no atentaba contra el derecho internacional consuetudinario³¹⁷.

No obstante, el más sorprendente de los argumentos defendidos por la Corte Suprema es aquel en el que declara abiertamente no sentirse vinculada por el derecho internacional de los derechos humanos, positivizado en instrumentos como la Carta de Naciones

³¹⁵ El argumento invocado con la referencia a esta sentencia fue que si el Tratado de Extradición no prohíbe el secuestro, la doctrina Ker es de aplicación y por consiguiente, el Tribunal tiene competencia para conocer del caso, traducción de la autora: “El Tratado no dice nada sobre la obligación de abstenerse de secuestrar a personas en el territorio de otro Estado, ni se pronuncia sobre las consecuencias de un posible secuestro”. La defensa de esta postura se ve completada con una interpretación muy conveniente de los principios generales del derecho internacional: “Los principios generales de derecho internacional no proporcionan ninguna base sobre la que inferir la existencia de una prohibición de secuestros internacionales en el Tratado. Inferir esto sobre la base del argumento de la defensa de que los secuestros están tan claramente prohibidos por el derecho internacional que no había razón para incluir esta prohibición expresa en el Tratado iría más allá del precedente y la práctica establecida”. Sin embargo, seguidamente reconoce que el secuestro perpetrado viola los principios generales del derecho internacional pero aclara que la decisión sobre su devolución a México corresponde al poder ejecutivo y que excede del ámbito de competencia del Tratado.

³¹⁶ EEUU c. Alvarez Machain, 670, 112 S. Ct 2188: “The fact of Alvarez’s forcible seizure did not affect the jurisdiction of a federal court”.

³¹⁷ Sosa c. Alvarez Machain, 124 S.Ct. 2739 (2004): “Single illegal detention, of less than one day, of Mexican national, custody of whom was then transferred to lawful authorities in the United States for prompt arraignment, violated no norm of customary international law so well defined as to support creation of cause of action that district court could hear under the ATS”.

Unidas:

“El Tribunal nota, sin embargo, que mientras que la participación de los Estados Unidos en el secuestro del Dr. Machaín tiene apariencia de violación de estos instrumentos internacionales, el peso de la autoridad indica que estos instrumentos internacionales no son de aplicación directa y, por consiguiente, a falta de incorporación al derecho interno, no son exigibles ante los tribunales federales”.³¹⁸

Poco tiempo después, el Tribunal que estaba conociendo del proceso contra Álvarez Machaín cerró el caso por falta de pruebas y decretó su libertad.

Sin embargo, incluso en una sentencia tan desalentadora como esta, pueden encontrarse argumentaciones que invitan a la esperanza. Así, la opinión particular del Juez Stevens³¹⁹ hace alusión al sin sentido de firmar un convenio de extradición si paralelamente se va a seguir recurriendo a métodos alternativos a la extradición oficial para garantizar la presencia del acusado o condenado en el territorio del Estado requirente, apoyándose en la doctrina internacionalista más cualificada para recordar que, si el Estado vulnerado protesta, debe ponerse fin al proceso abierto contra el secuestrado.

3.1.1.1.4. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido, desde sus primeros pronunciamientos, una postura de condena sistemática de las violaciones de derechos humanos que resultaban del secuestro internacional. En este sentido, hay una serie de casos que merecen ser destacados³²⁰. El caso Amekrane es el primer asunto admitido a trámite por la Comisión en tanto que se reconoció que la entrega (o la cooperación para la entrega) de un presunto responsable de un delito sin respetar el

³¹⁸ *Id.* Traducción de la autora.

³¹⁹ EEUU c. Alvarez-Machain, 504 US 655 (1995) en 670.

³²⁰ Otros casos importantes incluyen el conocido caso de Bozano c. Francia, en el que un tribunal italiano condenó en rebeldía a un ciudadano a cadena perpetua por secuestro y asesinato. Éste huyó a Francia, que rechazó la solicitud de extradición por parte de los tribunales italianos para después recurrir a la deportación de Bozano a Suiza como método alternativo a la extradición oficial. Suiza procedió a su extradición a Italia. La Comisión Europea reconoció que se había violado el artículo 5.1. por parte de Francia y remitió el caso al TEDH que confirmó la violación. TEDH, Asunto Bozano c. Francia, sentencia de 2 de diciembre de 1997, solicitud núm. 9990/82, párr. 8: “Depriving Mr. Bozano of his liberty in this way amounted in fact to a disguised form of extradition”.

procedimiento legal, recurriendo a métodos alternativos a la extradición y violando, en el curso de estos hechos, los derechos humanos de la persona, podía ser constitutivo de una violación del artículo 3 del Convenio. Por otro lado, el caso Ocalan, como se verá a continuación, se convirtió en el “caso líder” o referente jurisprudencial en el ámbito del TEDH para la identificación de casos de secuestros internacionales y las consiguientes violaciones de derechos humanos³²¹.

Caso Amekrane³²²

Mohamed Amekrane era un coronel marroquí que, tras participar en un intento fallido de derribar un avión en el que viajaba el Rey de Marruecos en 1972 en un intento de rebelión, había huido a Gibraltar para evitar la pena de muerte a la que sería condenado en este país. Solicitó asilo en Gibraltar, bajo el control del Reino Unido. Las autoridades gibraltareñas conspiraron con la policía secreta marroquí para facilitarles el secuestro del coronel. Como consecuencia de ello, el coronel fue secuestrado, trasladado a Marruecos, condenado a muerte y ejecutado. La Comisión Europea, entonces órgano encargado de la admisión de asuntos, admitió a trámite esta denuncia contra el Reino Unido y consideró que había habido violación de los artículos 3, 5 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A pesar de la trascendencia de este caso, no se puede afirmar que el mismo generara jurisprudencia en sentido estricto en tanto que el incidente se resolvió mediante un acuerdo amistoso, en virtud del cual su viuda (y demandante) recibió una compensación económica por parte del Gobierno del Reino Unido³²³.

³²¹ Así lo preveía ya la doctrina en el año 2004: “The judgement of the European Court is likely to become a leading one and to influence future jurisprudence on human rights, (...)”, DE SANCTIS, F., “The practice of national and international courts on transnational seizure: is a fair balance between human rights and accountability posible?”, *Neth. Q., Hum Rts.*, vol. 22, núm 4, 2004, p. 529, p. 551.

³²² TEDH, Asunto Amekrane c. Reino Unido, sentencia de 19 de julio de 1974, solicitud núm. 5961/72.

³²³ SCOTT NANCE, D., “The Individual Right to Asylum Under Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *Mich. YBI Legal Stud.*, núm. 3, 1982, p. 477, p. 482.

Caso Okalan c. Turquía

Abdullah Ocalan era el miembro fundador del PKK³²⁴ (Partido de los Trabajadores de Kurdistan) que reivindica la independencia del Kurdistan de Turquía. Este país le había acusado formalmente de liderar movimientos secesionistas y entrenar para ello a grupos terroristas, razones por las cuales había procedido a dictar una orden de arresto contra él. En febrero de 1999, estando en Kenia, fue secuestrado por los servicios de inteligencia turcos³²⁵ y fue trasladado a Turquía, donde permaneció en la prisión de Imrali, declarada zona militar vetada, en régimen de aislamiento. Allí fue interrogado para después pasar a disposición judicial. Fue juzgado y sentenciado a muerte en junio de 1999, siendo la sentencia confirmada por el Tribunal de Apelación en noviembre de ese mismo año. La ejecución de la sentencia logró ser retrasada mediante la solicitud de que el caso fuera examinado por el TEDH. Durante este período, la Constitución turca fue reformada para derogar la pena de muerte excepto en situación de guerra o por actos de terrorismo. En agosto de 2002, el parlamento derogó la pena de muerte en tiempos de paz y su sentencia de muerte fue conmutada por cadena perpetua.

Ocalan entonces llevó el caso ante el TEDH, alegando, entre otras cosas, que su secuestro y traslado a Turquía desde Kenia, sobornando para ello a agentes de este país, había supuesto una violación del artículo 5.1 del CEDH.

En este caso, la Corte estimó que no concurrían los requisitos necesarios para poder apreciar la alegada violación del artículo 5.1. Sin embargo, el razonamiento jurídico que se lleva a cabo para fundamentar la falta de apreciación de este supuesto, convierte el presente caso en un importante referente en la jurisprudencia del TEDH, en tanto que desarrolla criterios de interpretación y delimita con claridad el alcance de la protección otorgada tanto por el Convenio como por el derecho internacional.

En este marco, tres de las cuestiones tratadas en esta sentencia merecen ser resaltadas aquí. En primer lugar, la Corte reconoce tajantemente que el arresto de una persona en el territorio de otro Estado, sin el consentimiento de este último, afecta a los derechos de

³²⁴ El PKK también es considerado como grupo terrorista tanto la Unión Europea como por Estados Unidos.

³²⁵ Algunos autores que han estudiado este caso en profundidad sostienen que para la realización de este secuestro se contó con la colaboración de las autoridades keniatas. MOWBRAY, A., "European Convention on Human Rights: institutional reforms proposals and recent cases", *Hum.Rts.L. Rev.*, núm. 3, 2003, p. 301, p. 306.

seguridad del individuo regulados en el artículo 5.1³²⁶. Con esta afirmación, marca una inequívoca distancia con una parte de la jurisprudencia estadounidense, que bebiendo de la doctrina Ker-Frisbie, aboga por la aplicabilidad de la jurisdicción *in personam*, eufemismo para referirse a la abierta defensa del principio “mala captus, bene detentus” que caracteriza, con más frecuencia de la deseada, tanto la actuación de sus agentes como sus resoluciones jurisprudenciales. En segundo lugar, la Corte afirma que, independientemente de que exista o no un Tratado de Extradición entre los Estados implicados, si para realizar la detención se cuenta con la cooperación del Estado en cuyo territorio se halla el fugitivo, siempre y cuando la misma venga precedida de una orden de arresto, no se podrá estimar violación del Convenio, incluso encontrándonos ante un caso de extradición encubierta³²⁷.

3.1.1.1.5. Especial atención a la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales

Se ha hecho ya referencia, al inicio de esta tesis, a la especial responsabilidad que tienen atribuida los Tribunales Internacionales, debido a su posición como órganos creados en el seno de las Naciones Unidas, en la protección y promoción de los derechos humanos. En este sentido, resulta muy interesante el argumento presentado por el Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, en el que se afirma que la violación de la soberanía nacional en relación a las detenciones tiene, en el ámbito de su jurisdicción, muy poca trascendencia en tanto que en la relación vertical que existe entre los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda y los Estados, la soberanía no podía tener el mismo rol que en las relaciones horizontales entre Estados³²⁸.

Por otro lado, la relación de estos órganos con el respeto a la soberanía nacional varía de Tribunal a Tribunal. Así, mientras en el caso de la Corte Penal Internacional, la naturaleza complementaria que se le reconoce a su jurisdicción respecto de las

³²⁶ TEDH, Asunto Ocalan c. Turquía, sentencia de 12 de marzo de 2003, solicitud núm. 46221/99, párr. 88.

³²⁷ *Id.* párr. 91.

³²⁸ TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Trial Chamber, caso núm. IT-94-2-PT, Auto sobre el cuestionamiento de la jurisdicción del Tribunal por parte de la defensa, de 9 de octubre de 2009, párr. 101 y TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Sala de Apelación, caso núm. IT-94-2-PT, Auto que resuelve el recurso de apelación sobre la legalidad de la detención de 5 de junio de 2003, párr. 26.

jurisdicciones nacionales sugiere que este respeto debe ser absoluto³²⁹, en el caso de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, creados mediante Resolución del Consejo de Seguridad, el respeto a la soberanía nacional es relativo ya que estos órganos internacionales tienen reconocida una jurisdicción preferente sobre los tribunales nacionales.

Los pronunciamientos en torno a la admisibilidad de la jurisdicción *in personam* en el ámbito de estos Tribunales no son homogéneos. Así, mientras el Tribunal de Apelación en el caso Nikolic afirmó que, si en el arresto las violaciones de derechos humanos eran flagrantes, el Tribunal debería abstenerse de conocer o renunciar a su competencia para preservar su integridad³³⁰, en el caso Dokmanovic, el Tribunal aceptó el traslado mediante engaño (“luring”) del acusado a territorio bajo control del UNTAES³³¹, argumentando que no había ningún tratado de extradición entre los países involucrados³³².

3.1.2. Las extradiciones encubiertas y las entregas extraordinarias

3.1.2.1. Las extradiciones encubiertas

El secuestro no es el único método alternativo a la extradición al que recurren los Estados para asegurar la presencia del sospechoso en su territorio con el fin de

³²⁹ Artículo 1 Estatuto de Roma: “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (...)”.

³³⁰ TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Sala de Apelación, caso núm. IT-94-2-PT, Auto que resuelve el recurso de apelación sobre la legalidad de la detención de 5 de junio de 2003, párr. 30. Este tribunal también realiza una importante contribución al consolidar la doctrina del abuso del proceso, afirmando su competencia para conocer de los casos de secuestros internacionales que se dieran en este contexto y que resultaran en la personación del acusado ante el tribunal. Así, en palabras de Francesco de Sanctis, “The ICTY implicitly recognizes that both accountability for “Universally Condemned Offences” and respect for the judicial process are essential for the advancement of the rule of law”, en DE SANCTIS, F., “The practice of national and international courts on transnational seizure... *op. cit.*, pp. 544-45.

³³¹ Administración de Transición de las Naciones Unidas en Eslovenia del Este, Baranja y Sirmia Occidental (misión de paz de Naciones Unidas entre 1996-1998).

³³² TPIY, Fiscal c. Dokmanovic, Trial Chamber, caso núm. IT-95-13^a, Auto sobre la solicitud de puesta en libertad de 22 octubre de 1997, párr. 75. También ver, en este sentido TPIR, Fiscal c. Juvenal Kajelijeli, Sala de Apelación, caso núm. ICTRE 98-44A-A, sentencia de 23 de mayo de 2005.

procesarle por la supuesta comisión de un delito. En ocasiones, el Estado en el que se encuentra el individuo en cuestión recurre a la expulsión o deportación³³³ con el fin de evitar la aplicación de la normativa inherente a la extradición.

El profesor Gordon ha demostrado que la expulsión o deportación no es ni más rápida ni más efectiva que la extradición³³⁴, de lo cual cabe inferir que el atractivo de este método alternativo radica en la posibilidad que da el Estado de evitar la observancia de los derechos y garantías inherentes a la extradición.

El caso estrella en el ámbito de la expulsión como alternativa a la extradición o la “collusive deportation” es, sin lugar a dudas, el famoso caso Soblen³³⁵, ciudadano norteamericano condenado por espiar para la URSS. Estando pendiente del juicio de apelación, Soblen fue puesto en libertad bajo fianza. Una vez confirmada la condena, huyó a Israel. Allí fue trasladado a Atenas en un avión, en el que supuestamente viajaba un agente oficial estadounidense. En Atenas, fue forzado a embarcar en un vuelo a EEUU vía Londres. Advertido de los hechos, el Gobierno británico dictó una orden en la que se le denegaba la entrada en el Reino Unido. Consciente de ello, y buscando por todos los medios desembarcar en territorio europeo, Soblen se infirió cortes en los brazos para forzar su hospitalización en el Reino Unido. Al intentar restablecer la orden de denegación de entrada, reanudando el viaje a EEUU, Soblen interpuso un *habeas corpus*, que le fue denegado. Se ordenó su traslado pero para entonces, el Gobierno israelí había cambiado y había dejado de ver con buenos ojos este proceso. Entonces el Gobierno británico dictó una orden de deportación y aunque Soblen volvió a solicitar el *habeas corpus*, esta vez esgrimiendo el argumento de que la deportación estaba encubriendo una extradición una vez más, éste le fue denegado y en la fase de apelación, el Tribunal respondió a este argumento refiriéndose al precedente sentado en el caso Chateau Thierry, en el que un Duque francés en edad de cumplir el servicio militar que se encontraba en el Reino Unido, es deportado a Francia. A pesar de que como

³³³ Algunos autores se refieren a este fenómeno como “collusive deportation”, expresión que lleva implícita el reconocimiento de la violación de derechos humanos inherente a la deportación como alternativa a la extradición. GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op cit.*, p.337.

³³⁴ GORDON, pp. 284-286 en EVANS, A., “International Procedures for the Apprehension and Rendition of Fugitive Offenders”, *ASIL*, 1980, p. 274.

³³⁵ R c. Brixton Prison (Governor), ex p. Soblen, 1962, 3 A11 ER 641. Véase también O’HIGGINS, P., “The Soblen Case. Disguised Extradition: the Soblen Case”, *Mod.L.Rev*, núm. 27, 1964, p. 521.

consecuencia de la vigencia de un acuerdo entre Francia y el Reino Unido para la entrega de desertores, estos ciudadanos eran considerados delincuentes y por ende, debería serles de aplicación la legislación sobre extradición, el Tribunal de Apelación afirmó la validez del uso de la deportación para extraditar a desertores. Uno de los argumentos empleados fue que una orden de deportación formalmente válida no podía ser cuestionada por los tribunales³³⁶.

La jurisprudencia del TEDH ha defendido que la “extradición encubierta”, realizada a través de la deportación, no viola el CEDH. En el caso Klaus Barbie c. Francia, la Comisión afirmó que incluso si la expulsión del actor podría ser calificada como “extradición encubierta”, esto no violaría, *per se*, el CEDH³³⁷. Esta postura se reitera en el caso Ocalan c. Turquía, caso que ha sido ya previamente analizado en el apartado sobre la jurisprudencia del TEDH. En este caso, el TEDH sostuvo que: “la Convención no impide la cooperación entre Estados, dentro del marco de los Tratados de Extradición o en cuestiones de deportación, con el propósito de traer a los fugitivos ante la justicia, asumiendo que no interfiera con ninguno de los derechos reconocidos en la Convención³³⁸”. Tres párrafos más adelante, el Tribunal se refiere específicamente a las extradiciones encubiertas, con el eufemismo de atípicas y considerándolas absolutamente respetuosas del CEDH³³⁹.

También en este sentido se ha pronunciado el Comité de Expertos en el funcionamiento de los Convenios Europeos de Cooperación en Materias Penales (PC-OC): “(...) de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, la decisión de un Estado de eludir los estrictos procedimientos de extradición mediante la expulsión de una persona a un Estado que tenga la intención de juzgarla o castigarla (extradición encubierta) no es, per

³³⁶ Pickford LJ, en GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law*...p.370. Si el Duque hubiera aducido pervisión del uso de la figura, este argumento podría haber prosperado ya que reconoció la capacidad de los tribunales ingleses para investigar casos de posible extradición encubierta.

³³⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, Asunto Klaus Barbie c. Francia, solicitud núm. 10689/83, 1984.

³³⁸ TEDH, Asunto Ocalan c. Turquía, sentencia de 12 de marzo de 2003, solicitud núm. 46221/99, párr. 86.

³³⁹ *Id.* párr. 89: “The Convention contains no provisions concerning the circumstances in which extradition may be granted. Subject to it being the result of cooperation between states concerned and provided that the legal basis for the order of the fugitive’s arrest is an arrest warrant issued by the authorities of the fugitive’s state of origin, even an atypical extradition cannot as such be regarded as contrary to the Convention”.

se, constitutiva de una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Estado puede elegir entre extraditar o deportar o expulsar”.³⁴⁰

3.1.2.2. Las entregas extraordinarias de los Estados Unidos³⁴¹

Tras los atentados terroristas del 11 de septiembre, los Estados Unidos institucionalizan una alternativa a la extradición oficial como parte de su “guerra contra el terror”: las entregas extraordinarias³⁴². Estas entregas consisten en el secuestro y traslado a prisiones secretas con el fin de realizar interrogatorios mediante torturas y representan una de sus técnicas principales utilizadas por el Gobierno americano para combatir el terrorismo, con la aquiescencia, como se verá en el siguiente apartado, de muchos Estados europeos³⁴³.

³⁴⁰ Comité Europeo sobre Problemas Penales, Comité de Expertos en el funcionamiento de los Convenios Europeos de Cooperación en Materias Penales (PC-OC), Nota sobre la relación entre la extradición y la deportación/expulsión (extradición encubierta), Resumen de la discusión de la reunión 62 de la PC-OC PC-OC (2012) 08 rev2, Estrasburgo, 15 de noviembre de 2012. Disponible aquí. Traducción de la autora.

³⁴¹ El alcance del efecto contagio de esta práctica a otros Estados excede el ámbito de este trabajo. Baste aquí traer a colación, a modo de ejemplo, los numerosos secuestros y entregas extraordinarias que tuvieron lugar en 2007 en el cuerno de África en el contexto de un conflicto armado en Somalia y que todavía siguen impunes. Véase el Informe de 2008 de Human Rights Watch, “Why am I still here? The 2007 Horn of Africa renditions and the fate of those still missing”. Más recientemente, y sin perjuicio de la inconsistente voluntad de Obama de cerrar definitivamente Guantánamo, véanse las declaraciones del Gobierno Americano que, en 2010, alegó que 5 presos de Guantánamo eran “demasiado peligrosos para ser extraditados pero no aptos para ser juzgados”. ALANDETE, D., “Los cinco de Guantánamo”, El País, 14 de febrero de 2012. Disponible aquí. Consultado el 28/10/2013, o la nueva ola de detenciones ilegales perpetrada por el Reino Unido en Afganistán. CASTLE, S., “British Defense Chief Confirms Detentions of Afghans at Base”, New York Times, 29 de mayo de 2013. Disponible aquí. Consultado el 28/10/2013.

³⁴² Nótese que en los últimos tiempos, la proliferación de grupos terroristas islámicos en el continente africano ha trasladado a esta región el lugar de operación de la administración estadounidense, que insiste en combatir una de las mayores amenazas del derecho internacional sin respetar el derecho internacional. STEPHEN, C., AHMED, A. y SMITH, D., “Lybia demands explanation for US “kidnapping” of Al-Qaida leader al-Liby”, The Guardian, 7 de octubre de 2013. Disponible aquí. Consultado el 16/10/2013. En este caso, las fuerzas militares norteamericanas entraron en Trípoli y secuestraron al líder de Al-Qaeda, Abu Anas al-Liby acusado de haber perpetrado los atentados terroristas de las embajadas americanas en Kenia y Tanzania que en 1998 mataron a más de 220 personas. Tras su secuestro, Abu Anas es trasladado a un barco en algún lugar del Mediterráneo en el que es interrogado durante días hasta que por motivos de salud, se decide su traslado a Nueva York, donde espera ser juzgado. HOSSENBALL, M., “Health of Abu Anas Al-Libi, Al Qaeda Suspect Captured in Lybia, Deteriorated Aboard US Ship”, The Huffington Post, 16 de octubre de 2013. Disponible aquí. Consultado el 16/10/2013. Para una fotografía reciente del mapa mundial del terrorismo, véase REINARES, F., *Geografía mundial del terrorismo*, Real Instituto Elcano, ARI 10/2012-16/2/2012.

³⁴³ Para una exhaustiva y actualizada base de datos comprensiva de una gran cantidad de información a nivel mundial sobre el programa de entregas extraordinarias instaurado por la administración norteamericana tras el 11-S véase el recientemente creado proyecto de investigación “The Rendition Project”, realizado por investigadores de las universidades anglosajonas de Kent y Kingston. Los mapas

3.1.2.2.1. Concepto y alcance

“El programa de entregas extraordinarias y detenciones secretas está compuesta por tres elementos fundamentales: operaciones de captura y traslado, “agujeros negros” de la CIA y centros en Estados extranjeros donde se mantienen detenidos a los individuos a instancia y bajo el control de los Estados Unidos. La captura y el traslado implica a un “equipo de entrega”, compuesto por individuos vestidos de negro y con mascarar. Estos individuos desnudan al individuo por la fuerza, lo someten a un registro de las cavidades del cuerpo, le fotografían desnudo y le ponen un pañal antes de darle su nueva vestimenta. Los detenidos alegan haber sido golpeados durante este proceso. Seguidamente, el equipo inmoviliza al detenido con esposas en las manos y tobillos y cadenas, y le privan de capacidad sensorial, cubriéndoles las orejas y los ojos. A continuación, los detenidos son trasladados en avión (a menudo, de pequeño tamaño) a lugares, en ocasiones, muy lejanos. Los detenidos son trasladados bien a prisiones secretas de la CIA -“agujeros negros”-, o son entregados a Gobiernos extranjeros. Algunos detenidos corren ambas suertes. En los “agujeros negros”, los guardias visten de negro y llevan mascarar, y con frecuencia los detenidos son sometidos a manipulaciones sensoriales, incluyendo el sometimiento a música a un volumen insoportable, a sonidos horripilantes, condiciones de oscuridad total y privación sensorial (por ejemplo, mediante el uso de ruido blanco constante). Algunos detenidos han sido sometidos a “waterboarding” -ahogamiento simulado- y a “otras técnicas de interrogatorio reforzado” (o, como lo ha llamado el Presidente Bush, “conjunto alternativo de procedimientos”) supuestamente autorizadas para detenidos de “alto valor”. La detención en centros extranjeros implica el hacinamiento en espacios enloquecedoramente pequeños (como la famosa prisión Far Falestin en Siria³⁴⁴) y el uso de métodos de tortura como la falaka (golpes en la planta de los pies, supuestamente

interactivos creados por este proyecto permiten acceder al viaje completo de un individuo víctima de una entrega extraordinaria, visualizar en cuestión de segundos y de manera gráfica los datos existentes acerca de los vuelos realizados en el marco de este programa así como acceder a datos específicos de una aeronave vinculada al programa de rendición extraordinaria de la CIA.

<http://www.therenditionproject.org.uk/index.html>

³⁴⁴ Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, Report of Professor Stephen J. Toope, Fact Finder 13-17, 14 de octubre de 2005. Disponible aquí. Consultado el 28/10/2013. Se trata de un informe que describe la prisión de Maher Arar en Far Falestin.

usados en Jordania³⁴⁵), abuso sexual (supuestamente usado en Egipto y Jordania³⁴⁶), y descargas eléctricas (supuestamente usadas en Egipto³⁴⁷). Ya se encuentren en “agujeros negros” o en instalaciones extranjeras, los detenidos no tienen acceso al mundo exterior; no se les imputa formalmente ningún delito, y no se les permite solicitar la asistencia de sus Gobiernos”.³⁴⁸

A partir de la información hecha pública en septiembre de 2006, los informes sobre los detenidos ya liberados, las investigaciones realizadas por organizaciones intergubernamentales como el Consejo de Europa o la Unión Europea, declaraciones de agencias gubernamentales y documentos reproducidos en el marco de los procesos iniciados, la autora Margaret Satterthwaite ha recreado lo que puede llamarse un “retrato robot” de la práctica llevada a cabo por la Agencia Central de Inteligencia Americana (CIA) y que se ha denominado “entrega extraordinaria”.

El Presidente George Bush no reconoció la existencia del programa de entregas extraordinarias de la CIA hasta el 6 de septiembre de 2006, momento en el que se refirió a él en un discurso³⁴⁹.

En el apartado anterior se ha aludido al recurso del secuestro internacional como alternativa a la extradición oficial. A través del estudio de diversos casos se ha podido constatar que el recurso al secuestro internacional es una parte intrínseca a la política exterior de los Estados Unidos. Lo que en la era Reagan se bautizó como “rendition to justice³⁵⁰”, consistente en el secuestro de los presuntos autores de delitos, especialmente

³⁴⁵ AI, “Amnesty International Report 2007: The State of the World’s Human Rights”, 2007. Disponible aquí. Consultado el 29/10/2013.

³⁴⁶ *Id.*

³⁴⁷ Véase la carta de Abu Omar durante su detención en una prisión egipcia, traducida en “Abu Omar, This is How They Kidnapped Me from Italy”, Chicago Tribune. Disponible aquí.

³⁴⁸ SATTERTHWAITE, M., *The US. Program of extraordinary rendition and secret detention: past and future in CIA -Extraordinary rendition flights, torture and accountability- a European approach*, European Center for Constitutional and Human Rights, Alemania, 2008, pp.37 y ss. Traducción de la autora.

³⁴⁹ Véase President George W. Bush, President Discusses Creation of Military Tribunals to Try Suspected Terrorists (Sept. 6, 2006) transcripción.

³⁵⁰ Tras una oleada de atentados terroristas a la que le siguió el fracaso de los mecanismos convencionales para asegurar el enjuiciamiento de los presuntos responsables (el secuestro del vuelo 847 del Trans-World Airlines en junio de 1985, la interceptación de los terroristas de Achille Lauro en octubre de 1985 y los ataques terroristas en los aeropuertos de Viena y Roma en Diciembre de 1985), el Presidente Reagan autorizó a la CIA mediante una directiva (oficialmente llamada “finding”) a secuestrar a sospechosos de

de terrorismo³⁵¹ y narcotráfico por parte de agentes estadounidenses, para ser trasladados a Estados Unidos, donde serían juzgados con las mismas garantías que cualquier detenido americano³⁵², se convertiría, a raíz del atentado terrorista contra las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001 en la llamada “extraordinary rendition” o “rendition for torture”.³⁵³ El secuestro y la entrega a un tercer Estado o el traslado a

terrorismo en otros países y traerlos a los Estados Unidos para procesarlos. Aunque esto nunca fue confirmado por la administración, el informe de su “interagency Task Force on Combating Terrorism” revelado por el Vicepresidente George Bush y los detalles de la nueva estrategia de lucha contra el terrorismo parecen confirmar la existencia de esta autorización. FINDLAY, C., “Abducting terrorists overseas for trial in the United States: Issues of International and Domestic Law”, *Texas International Law Journal*, núm. 23, 1998, pp. 2-3.

³⁵¹ Ver, entre otros, el caso de Fawaz Yunis, libanés sospechoso de haber participado en un secuestro aéreo como parte del grupo terrorista Hezbolá. Tras ser llevado a aguas internacionales mediante engaño (agentes del FBI actuaron como narcotraficantes) es arrestado y llevado a Estados Unidos en un barco americano. El Tribunal del Distrito (en aplicación de la ya analizada doctrina Ker-Frisbie) rechazó la alegación del acusado que negaba la jurisdicción del Tribunal como consecuencia de los métodos utilizados para garantizar su presencia ante el mismo. EEUU c. Yunis, 924, F.2d 1086 (DC Cir. 1991).

³⁵² SATTERTHWAIT, M., *The US. Program of extraordinary rendition and secret detention...op. cit.*, p.30.

³⁵³ La finalidad de obtener información mediante el recurso a la tortura como característica definitoria de la entrega extraordinaria ha sido sobradamente documentada, por un lado, por los académicos (BASSIOUNI, M.C., “The institutionalization of torture under the Bush Administration”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, 2006, p. 389; SADAT, L., “Extraordinary rendition, torture and other nightmares from the war on terror”, *George Washington Law Review*, núm. 75, 2006-2007, p. 1200.; WEISSBRODT D AND BERGQUIST A., “Extraordinary rendition: a human rights analysis”, *Harvard Human Rights Journal*, núm. 19, primavera 2006, pp.123-160; SALMÓN, E., “Las entregas extraordinarias y el acervo humanitario del derecho internacional, ¿abre la nueva administración americana alguna perspectiva de cambio?”, *Derechos y Libertades*, núm. 21, época II, junio 2009, p.233; RAMÓN CHORNET, C., “Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de torturas”, *REDI*, vol. 56, núm. 1, 2004, pp. 542-544), por las organizaciones de derechos humanos (Amnesty International, “USA Guantánamo: a decade of damage to human rights (and 10 anti-human rights messages Guantánamo still sends”, diciembre 2011, Reino Unido, AMR 51/103/20, Consultado el 16/06/2012; “By the numbers. Findings of the Detainee Abuse and Accountability Project”, New York University’s Center for Human Rights and Global Justice, Human Rights Watch and Human Rights First, abril de 2006. Consultado el 16/06/2012) Por otro, por los tribunales nacionales de distintos países que ya han dictado sentencias condenatorias (Italia: 22 agentes americanos de la CIA han sido condenados *in absentia* por el caso del clérigo Abu Omar, secuestrado en Milán y llevado a Egipto donde fue torturado, Véase: ZAGARIS, B., “Extradition-Italian Justice Minister Defers Extradition of CIA operatives”, *International Enforcement Law Rep.*, núm. 22, junio de 2006 y SOSA NAVARRO, M., “Cornering torturers through international law: the role of domestic prosecution in the eradicating human rights violations in Guantanamo. An Italian approach”, *Rivista de la Cooperazione Giuridica Internazionale*, núm. 44, mayo-agosto 2013, p. 95). El caso Khaled el-Masri, en el que un ciudadano alemán, al ser confundido con otra persona, fue secuestrado en Macedonia por agentes nacionales y entregado a agentes de la CIA, que lo trasladaron a Afganistán, haciendo una escala en el aeropuerto español de Palma de Mallorca, donde fue “interrogado” durante cuatro meses para después ser puesto en libertad en 2004, ha dado lugar a que Alemania dictara órdenes de arresto contra 13 agentes de la CIA en 2007 (Véase) y a que la Fiscalía española solicite el arresto de estos 13 agentes al Juez de la Audiencia Nacional, Ismael Moreno (Véase). En septiembre de 2010, en Estados Unidos, la denuncia de antiguos prisioneros de la CIA contra la compañía Jeppesen Dataplan, Inc. por una supuesta gestión de los viajes de la CIA, ha sido inadmitida por el Tribunal Federal en fase de apelación en base a los privilegios de secreto del Estado (Mohamed et al. v Jeppesen Dataplan, Inc). En la actualidad está pendiente de sentencia de la Corte Suprema. La propia administración americana ha reconocido la existencia de este

prisiones situadas en territorio controlado por los Estados Unidos habían dejado de tener el enjuiciamiento del presunto delincuente como objetivo. El fin ahora era la obtención de información³⁵⁴. La declaración de “guerra contra el terror”³⁵⁵ y la justificación en base a la misma de toda una serie de violaciones sistemáticas de derechos humanos, atentó contra los cimientos del derecho internacional, alterando categorías jurídicas básicas³⁵⁶.

Dos fueron las técnicas seguidas por la administración de Bush para poner en práctica este recién creado mecanismo: bien trasladar a los secuestrados sospechosos de

fenómeno de manera pública. El Presidente Bush defendió en su discurso del 6 de septiembre de 2006 la utilización de “técnicas alternativas” por parte de la CIA cuando los “terroristas resistían el interrogatorio” Transcripción disponible aquí. El entonces Vicepresidente Dick Cheney también admitió públicamente el recurso a los métodos que fueran necesarios para conseguir su objetivo: “a lot of what needs to be done here will have to be done quietly, without any discussion, using methods that are available to our intelligence agencies...to use any means at our disposal, basically, to achieve our objectives”, Vice President Dick Cheney, NBC News’ Meet the Press (Sept, 16, 2001), citado en PAUST J., “Executive plans and authorizations to violate international law concerning treatment and interrogation of detainees”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm 43, 2005, p. 811, p. 837. Ver también “The torture papers: the road to Abu Ghraib”, Karen J. Greenburg y Joshua L. Dratel eds., 2005. Este libro reproduce documentos oficiales entre los que se encuentran memorándums del Attorney General, dirigidos al consejero del Presidente en el que se detalla el contenido, alcance y límites de la tortura infligida a los prisioneros en el marco de la guerra contra el terror. Particularmente clarificadoras son las declaraciones de un ex agente de la CIA, recogidas por el periodista Shaun Waterman, en las que marca una clara distinción entre las entregas para enjuiciamiento de las entregas cuyo fin es el interrogatorio, WATERMAN, S., “Analysis: Rendition a Routine Practice”, 8 de marzo de 2008. Disponible aquí. Consultado el 18/06/2012.

³⁵⁴ SATTERTHWAIT, M., *The US. Program of extraordinary rendition and secret detention...op. cit.*, p. 32.

³⁵⁵ George Bush, Presidential Address to a Joint Session of Congress (Sept. 20, 2001). La posición de EEUU fue comunicada formalmente a las Naciones Unidas en una carta del representante permanente de EEUU dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad el 7 de octubre de 2001, Doc. NU S/2001/946 (2002).

³⁵⁶ “A pesar de que utilizar el lenguaje de la guerra y describir los atentados del 11 de septiembre como crímenes de guerra puede ser una herramienta retórica conveniente para describir la lucha por frenar a las organizaciones terroristas internacionales, no es coherente con la existencia de los consolidados principios de derecho internacional”, (...) “la doctrina de prevención ahora defendida por la administración de Bush, es claramente contraria al artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y mina los principios más fundamentales del orden legal internacional: la prohibición del uso de la fuerza, la igualdad soberana y la integridad territorial de los Estados”. SADAT, L., “Terrorism and the rule of law”, 136 *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3:135, 2004, pp. 140 y 142. Traducción de la autora. También en este sentido véase a GREENWOOD, C., War, “Terrorism and International Law”, *Current Legal Problems*, núm 46, 2004, p. 505, p. 529: “In the language of international law there is no basis for speaking of war on Al-Qaeda or any other terrorist group (...)” citado en O’CONNELL, M., “Lawful use of combat drones, Congress of the United States, Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Hearing: Rise of the Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting”, 28 abril 2010, p.4. Disponible aquí.

terrorismo a bases, bajo control militar estadounidense, como la de Guantánamo³⁵⁷ o la de Abu Ghraib en Iraq, bien entregarlos a terceros países, en un claro intento de deslocalización de los interrogatorios y de las responsabilidades³⁵⁸.

En el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de 2007³⁵⁹, su autor, el profesor Martin Scheinin, a la luz de los indicios³⁶⁰ y la falta de cooperación por parte de la CIA en su visita, antes de concluir que esta práctica se viene desarrollando por parte de esta agencia en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, califica las entregas extraordinarias de “inadmisibles” a la luz del derecho internacional, en tanto que, más allá de que las personas en esta situación corran el riesgo de ser sometidas a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes, la detención prolongada sin imputación de cargos viola los artículos 9 y 14 del PIDCP y puede ser constitutiva de desaparición forzada³⁶¹.

³⁵⁷ PÉREZ GONZÁLEZ M.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO P., “El caso de los detenidos de Guantánamo...*op. cit.*”

³⁵⁸ Human Rights Watch considera que el primer caso de secuestro y entrega a un tercer Estado es el de Tal’at Fu’ad Qassim, ciudadano egipcio asilado en Dinamarca que se había trasladado a Bosnia para escribir sobre los crímenes de guerra. La inactividad de Bosnia ante el requerimiento de Estados Unidos de que expulsara a los militantes derivó en el secuestro de Qassim por parte de agentes americanos que lo entregaron a Egipto, donde fue ejecutado en 1995. Para una idea no exhaustiva de los casos véanse los siguientes informes: AI, “USA Guantánamo: a decade of damage to human rights (and 10 anti-human rights messages Guantánamo still sends”, diciembre 2011, Reino Unido, índice AMR 51/103/20. Consultado el 16/06/2012; “By the numbers. Findings of the Detainee Abuse and Accountability Project”, New York University’s Center for Human Rights and Global Justice, Human Rights Watch and Human Rights First, Abril 2006. Disponible aquí.

³⁵⁹ Consejo de Derechos Humanos, 6ª sesión, Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales durante la lucha contra el terrorismo, Addendum, Misión a los Estados Unidos de América, 22 noviembre de 2007, A/HRC/6/17/Add.3, párrs. 36-38. El Relator manifiesta su insatisfacción por no haber podido acceder e inspeccionar los centros de detención, incluyendo la prisión de Guantánamo (párr. 2). El Relator también hace referencia a la violación del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944 al hacer uso de aviones civiles para transportar a personas que estaban siendo objeto de entregas extraordinarias.

³⁶⁰ Entre los indicios y pruebas que fundamentan esta afirmación, el Relator hace referencia a las conclusiones del Comité contra la Tortura en el caso de Agiza c. Suecia (Comunicación núm. 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003) y las conclusiones del Comité de Derechos Humanos en el caso Alzert c. Suecia (Comunicación núm. 1416/2006, CCPR/C/88/D/1416/2005). En ambos casos, Suecia violó sus obligaciones convencionales en el ámbito de los derechos humanos al entregar a estas personas a agentes de la CIA que posteriormente los trasladarían a Egipto.

³⁶¹ Definido por la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General por la Resolución 61/77 de 20 de diciembre de 2006 y en vigor desde el 23 de diciembre de 2010 como “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos

Los argumentos esgrimidos por EEUU para justificar esta práctica son fundamentalmente tres. En su artículo “Rendered Meaningless”, Satterthwaite los examina en detalle para ir desmontándolos jurídicamente uno a uno³⁶². El primero consiste en afirmar que los instrumentos de derechos humanos, o algunas de sus disposiciones, no son de aplicación fuera del territorio de los Estados Unidos. A través del análisis del principio de *non-refoulement* (obligación de no entrega a países donde el individuo puede ser torturado o ejecutado), recogido explícita o implícitamente en varios tratados vinculantes para Estados Unidos³⁶³, Satterthwaite demuestra que esta postura no respeta la doctrina del Comité de Derechos Humanos que afirma que hay dos criterios para la aplicación de los tratados: la existencia de un control efectivo sobre el territorio y el control sobre el individuo. En base a al primero, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura sería de aplicación a cualquier entrega originada en territorio bajo control estadounidense y en base al segundo, que correspondería aplicar a EEUU en este ámbito³⁶⁴, este precepto sería aplicable a cualquier entrega realizada por EEUU³⁶⁵. El segundo argumento que esgrime la administración estadounidense, consiste en afirmar que las promesas diplomáticas realizadas por el Estado receptor de

de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley” (artículo 2). Consultado el 17/06/2012. Esta idea comienza a desarrollarse por la doctrina internacionalista. Véase GALELLA, P., y ESPÓSITO, “C., Las entregas extraordinarias en la lucha contra el terrorismo. ¿Desapariciones Forzadas?”, *SUR, Revista internacional de derechos humanos*, v. 9, nº16, junio 2012, p. 7.

³⁶² La autora resume estos tres argumentos de manera muy gráfica a través de sus títulos: a. Out of State, out of luck; b. “But they promised...”; y c. “Rendered Quaint?”, SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law”, *The George Washington Law Review*, vol. 75, p. 1333, 2007, pp.1333-1413.

³⁶³ En su Observación General 20 (Un. Doc A/47/40 (1992)), el Comité de Derechos Humanos, que entiende que la protección recogida en el Pacto es de aplicación a cualquier persona que se encuentre bajo el control efectivo de un Estado Parte, ha considerado que el principio de *non-refoulement* se entiende incluido en el Artículo 7 del PIDCP que reza como sigue: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”, interpretación que ha sido rechazada por los EEUU (Véase SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*). Por otro lado, la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de la que EEUU es parte, recoge explícitamente el principio de *non-refoulement*. En este caso, EEUU acepta la aplicación extraterritorial de la Convención y la vigencia de este principio en tanto que entiende que el mismo solo es de aplicación a las torturas y no a los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

³⁶⁴ Así lo afirmó el Comité contra la Tortura en sus conclusiones y recomendaciones a la luz del Informe de 2006 de EEUU, U.N. Comm. Against Torture, Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture: United States of America, U.N. DOC. CAT/C/USA/CO/2 (May 18, 2006)

³⁶⁵ SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*, pp. 1369 y 1375.

la persona eximen a los EEUU de responsabilidad. No obstante, la naturaleza diplomática de estas promesas y la consiguiente ausencia de mecanismos judiciales para reclamar su cumplimiento las convierten en una “farsa”.³⁶⁶

Finalmente, el tercer argumento de los EEUU consiste en afirmar que estas entregas son legales en tanto que se realizan en el marco de la “guerra contra el terror”. Al tener como enemigo a un actor no estatal (Al-Qaeda), se afirma que los Convenios de Ginebra no son de aplicación³⁶⁷ ya que no se trata ni de un conflicto entre dos Estados ni de un conflicto interno. Por consiguiente, estaríamos ante un nuevo tipo de conflicto armado internacional respecto del cual los EEUU están legitimados para adaptar sus técnicas a las circunstancias sin incurrir en ninguna ilegalidad³⁶⁸. Se argumentó, en tanto que las entregas ocurren en el marco de un conflicto armado, que el derecho internacional humanitario es de aplicación a las mismas, pero al considerarse a los miembros de Al-Qaeda combatientes ilegales, se les niega la protección reconocida en los Convenios de Ginebra. El derecho internacional de los derechos humanos tampoco es de aplicación, según esta teoría, porque el derecho internacional humanitario, al operar como *lex specialis*, excluye su aplicación. Por consiguiente, los sospechosos de terrorismo podían ser trasladados informalmente sin que ese traslado fuera ilegal, dado que no había ningún derecho que pudiera ser aplicado. La ilegalidad de esta política ha

³⁶⁶ SATTERTHWAITE, M., *The US. Program of extraordinary rendition and secret detention...op. cit.*, p. 44: “As one official told The Washington Post, “they say they are not abusing them, and that satisfies the legal requirement, but we all know they do”; y SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless...op. cit.”, pp. 1379-1394. La discrecionalidad de la que afirma disfrutar EEUU para evaluar el riesgo de tortura de manera conjunta con las promesas a la hora de decidir acerca de la entrega, no respeta el derecho internacional de los derechos humanos. Las promesas diplomáticas que no respeten los requisitos establecidos por el Comité contra la Tortura pueden suponer una violación de las obligaciones de derechos humanos por parte del Estado emisor (procedimientos preestablecidos y claros; las promesas deben estar sometidas a revisión judicial y debe haber un seguimiento del tratamiento del individuo tras la entrega). En el ámbito de las entregas extraordinarias que aquí nos conciernen, EEUU no respeta los estándares procedimentales fijados por los instrumentos convencionales.

³⁶⁷ En tanto que el derecho internacional humanitario solo es de aplicación a los conflictos entre Estados (artículo 2 de los Convenios de Ginebra) o a los conflictos internos (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra)

³⁶⁸ Una de estas adaptaciones, subraya Satterthwaite, es el recurso a las entregas extraordinarias. SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless...op. cit.”, p. 1399. Véase, para un mayor desarrollo del marco jurídico de protección de los derechos humanos aplicables en el contexto de la lucha contra el terrorismo, el apartado “Derechos de seguridad jurídica no desarrollados o desarrollados parcialmente en la jurisprudencia internacional: el derecho al debido proceso y principio de legalidad”, del primer capítulo.

sido puesta de manifiesto tanto por la doctrina³⁶⁹ como por la propia Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Hamdan c. Rumsfeld*³⁷⁰. Esta sentencia marcó un antes y un después en la posición americana en relación a la aplicabilidad del artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, a la “guerra contra el terror”. El cambio de postura tuvo como consecuencia la aprobación de una Orden Ejecutiva por parte del Presidente en julio de 2007, que, aunque exige que las interrogaciones sean seguras, profesionales y estén monitorizadas, sigue manteniendo una interpretación restrictiva de “tortura” y “trato cruel, inhumano y degradante”.³⁷¹

La opacidad que ha rodeado y sigue rodeando a este fenómeno hace difícil determinar el número exacto de personas que han sufrido esta práctica³⁷² pero no ha conseguido frenar, fuera de las fronteras americanas, la apertura de procedimientos judiciales y las sentencias condenatorias contra los más altos responsables de las violaciones de los derechos humanos perpetradas en el contexto de la lucha contra el terror³⁷³.

³⁶⁹ Esta cuestión ha sido extensamente tratada por la doctrina. Véase SATTERTHWAIT, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*”; BORELLI, S., “The treatment of terrorist suspects captured abroad: Human Rights and Humanitarian Law” en *Enforcing International Law norms against terrorism*, Ed. Bianchi A., Hart publishing, EEUU, 2004, pp. 39-63; ACQUAVIVA, G., “Extraordinary Rendition” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. Cassese, A., Oxford University Press, New York, 2009, pp. 485-487; SADAT, L., “Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, 2006, pp. 309-342; WEISSBRODT D y BERGQUIST A., “Extraordinary rendition: a human rights analysis”, *Harvard Human Rights Journal*, núm. 19, primavera, 2006, pp.123-160; Con algunas excepciones, prácticamente la totalidad de los autores coinciden en rechazar estos argumentos y condenar esta práctica en tanto que vulneradora del derecho internacional. Entre las excepciones podemos encontrar a YOO, J., “Transferring terrorists”, *Notre Dame Law Review*, núm. 79, 2004, p. 1183, p. 1235.

³⁷⁰ *Hamdan c. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas felicitó, en su examen del Informe de EEUU a este país por la sentencia en esta causa, aunque observa que todavía la implementación de la misma no se había hecho efectiva. Véase Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Estados Unidos de América, Doc NU. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 de 18 de diciembre de 2006, párrs. 5 y 20. Disponible aquí.

³⁷¹ Executive Order of the President of the United States, Interpretation of the Geneva Conventions Common Article 3 as Applied to a Program of Detention and Interrogation Operated by the Central Intelligence Agency, 20 julio 2007.

³⁷² En 2002, en un artículo publicado en el Washington Post, la periodista de investigación Dana Priest estimó que alrededor de 70 personas habían sido objeto de entregas extraordinarias. Jane Mayer, en un artículo publicado en el New Yorker, citando al experto en derechos humanos Scott Horton, cifró este número en 100-150, citados en SATTERTHWAIT, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*”, p.1343. El Center for Human Rights and Global Justice, de la NYU School of Law lo estima en varios miles, en su informe “Beyond Guantanamo: transfers to torture one year after *Rasul v. Bush* (2005)”.

³⁷³ RIDLEY, Y., “Bush Convicted of War Crimes in absentia”, *Foreign Policy Journal*, 12 de mayo 2012. Consultado el 18/06/2012. Véase acusación completa aquí. Hasta ahora, solo Italia, a través del Tribunal de Milán, ha juzgado y condenado in absentia a 22 agentes de la CIA y a algunos agentes italianos

3.1.2.2.2. Cooperación europea³⁷⁴

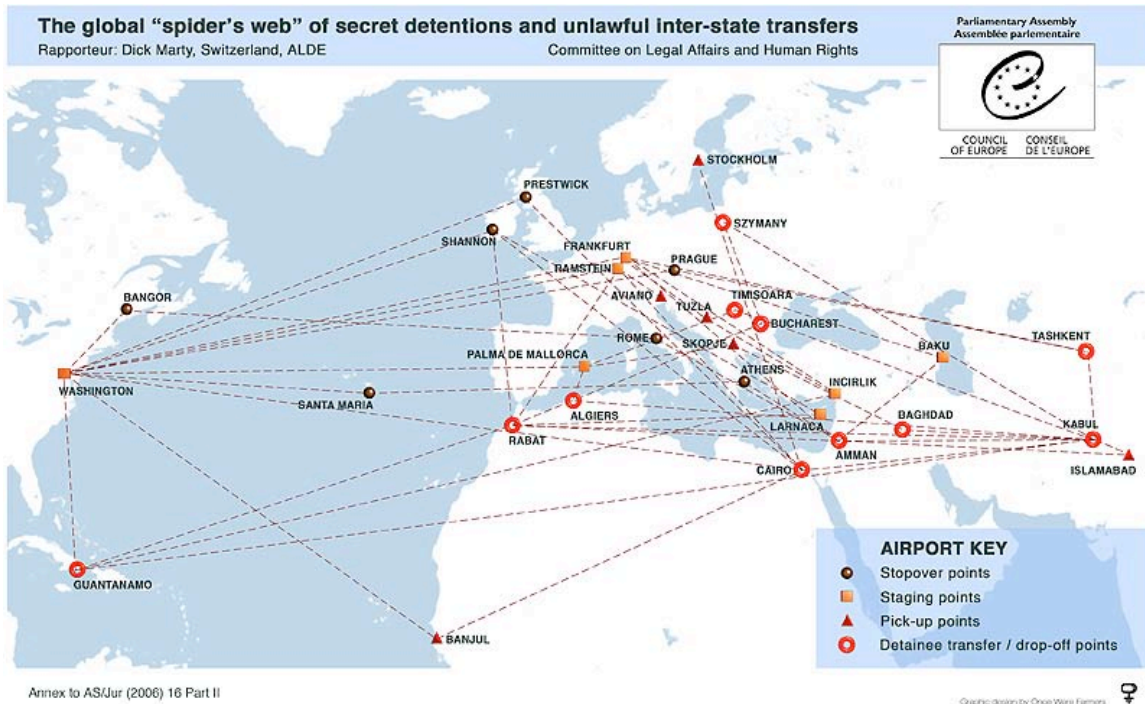


Figura 1. La red global de detenciones secretas y traslados interestatales ilegales
 Fuente: Consejo de Europa

Al hacerse pública la información que señalaba a algunos Estados europeos como cooperadores necesarios de las “entregas extraordinarias” realizadas por los agentes de la CIA, tanto el Consejo de Europa como el Parlamento Europeo iniciaron

involucrados en el secuestro y entrega. Para profundizar sobre esta sentencia, acúdase a la nota al pie 353 y véase MELONI, C., “Extraordinary renditions della CIA e responsabilità europea: il punto di vista della Corte Europea dei diritti dell’uomo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 de junio 2013, pp. 14-17. Otra de las interesantes iniciativas que comienzan a surgir para paliar el daño que la violación sistemática de derechos humanos en el ámbito de la lucha contra el terrorismo inflige en la sociedad internacional es la propuesta de creación de un marco jurídico para asegurar que los agentes oficiales que cometan graves violaciones de derechos humanos en el contexto de la lucha contra el terrorismo, respondan por ello. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales durante la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Principios estructurales para asegurar la responsabilidad de los agentes oficiales por violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos cometidas en el contexto de iniciativas estatales de lucha contra el terrorismo, Doc NU A/HRC/22/52, de 1 de marzo 2013 (versión borrador, no editada). Disponible aquí.

³⁷⁴ Recientemente (febrero 2013), se ha publicado, por parte de la Iniciativa de Justicia de la Sociedad Abierta, un informe de obligada consulta que vincula a 54 países en detenciones ilegales. Disponible aquí.

investigaciones sobre los hechos, que resultaron en esclarecedores informes³⁷⁵. De los mismos, se infiere que muchos países del Viejo Continente toleraron y en algunos casos cooperaron con estas prácticas de diversos modos: desde la autorización para aterrizar y repostar a aviones de la CIA que estaban efectuando estas “entregas extraordinarias” hasta la detención y entrega a agentes de la CIA de individuos sospechosos de terrorismo, pasando por el establecimiento de centros de detención secretos en los que operaba la CIA en países como Rumanía o Polonia³⁷⁶.

En lo que respecta a la cooperación española con este fenómeno, en 2007, el Informe del Parlamento Europeo cifra en 68 las paradas de vuelos de la CIA en aeropuertos españoles entre 2001 y 2005³⁷⁷. En concreto, establece que los aeropuertos españoles fueron utilizados por aviones que habían sido utilizados en otros países para las entregas extraordinarias de Ahmed Agiza, Mohammed El-Zari, Bisher Al-Rawi, Jamil El-Banna, Abou Elkassim Britel, Khaled El-Masri, Binyam Mohammed, Abu Omar y Maher Arar, de acuerdo con las investigaciones realizadas en España e Italia. Subraya, además, que tres de ellos procedían de o se dirigían a Guantánamo. A pesar de que la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha solicitado al Juez Ismael Moreno que se dicte una orden de arresto contra 13 agentes de la CIA que tripulaban el vuelo en el que El-Masri fue transportado, la imposibilidad de acceder a la información para probar la identidad real de estas personas, debido a la falta de colaboración de EEUU, mantiene congelada esta

³⁷⁵ Consejo de Europa, Primer Informe relativo a las “Alegadas detenciones secretas y entregas interestatales ilegales de detenidos que involucran a Estados Miembros del Consejo de Europa”. Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de 12 de junio de 2006. Relator: Mr. Dick Marty (Doc. 10957) y el Segundo Informe de 11 de junio de 2007, que se centra en la investigación de centros de detención en países europeos como Rumanía y Polonia (Doc. 11302 Rev.); Véase también Parlamento Europeo, “Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos” realizado por la Comisión Temporal sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos de 12 de junio de 2006 (Doc. 10957) y de 30 de enero de 2007 que detalla la cooperación de cada uno de los países europeos con la CIA en su programa de “entregas extraordinarias” A6-0020/2007, Dos años más tarde, en una resolución de 19 de febrero de 2009 sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2010/C 76 E/11), P6_TA (2009)0073, el Parlamento Europeo “Denuncia que hasta ahora ni los Estados miembros ni el Consejo hayan tomado medidas para arrojar luz sobre el programa de entregas extraordinarias y para aplicar las recomendaciones del Parlamento”.

³⁷⁶ Parlamento Europeo, “Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos” de 30 de enero de 2007, realizado por la Comisión Temporal sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos, que detalla la cooperación de cada uno de los países europeos con la CIA en su programa de “entregas extraordinarias” A6-0020/2007.

³⁷⁷ *Id.*

investigación³⁷⁸. A la luz de los cables desvelados por Wikileaks, el compromiso con la justicia y con el esclarecimiento de los hechos de la Audiencia Nacional contrasta con la tolerancia hacia estas prácticas mantenida por el Ejecutivo español, que en caso de probarse en ámbito judicial, podría determinar el surgimiento de responsabilidad internacional para el Estado³⁷⁹.

Por el momento, la responsabilidad internacional en la que han incurrido los Estados europeos al cooperar con la CIA en su programa de “entregas extraordinarias” solo ha sido denunciada ante el TEDH por aquellas personas que alegan haber sido víctimas de detención y torturas en centros de detención secretos situados en territorio europeo. Así, entre otros, cabe destacar el caso de El-Masri y de Abd Al-Rahim al Nashiri.

Khalid El-Masri vs Macedonia

El caso de El-Masri fue denunciado por el demandante en septiembre de 2009 ante el TEDH³⁸⁰.

Según la demanda de este ciudadano alemán de origen libanés, tras ser secuestrado en Macedonia en diciembre de 2003, estuvo detenido en régimen de incomunicación durante veintitrés días en los que fue interrogado. Alega, asimismo, haber sido agredido y sodomizado, el último día, por agentes de la CIA ante la mirada de agentes de Macedonia. Después le cubrieron los ojos, le colocaron un pañal y le subieron a un avión que le llevó a Afganistán. Afirma haber estado allí bajo custodia estadounidense durante cuatro meses, en los que no tuvo acceso a un abogado o a ningún tipo de comunicación, para después ser trasladado a Albania donde en mayo de 2004 fue liberado. Aparentemente, se trató de un error ya que El-Masri tenía el mismo nombre

³⁷⁸ Los últimos avances en este caso han consistido en la solicitud del Juez Moreno al Reino Unido y a Alemania de que tomen declaración a dos periodistas con el fin de que ello ayude a aclarar la identidad de los espías estadounidenses que tripularon esos vuelos. ALTOZANO, M., “El juez busca la verdadera identidad de los espías que tripularon vuelos de la CIA”, *El País*, 1 de octubre de 2012. Disponible aquí. Consultado el 29/10/2013.

³⁷⁹ Cable de 9 de septiembre de 2006 donde la embajada americana asegura que el Gobierno español no pone reparos a los vuelos. Consultado el 19/06/2012. Cable del 2 de enero de 2007 en el que la embajada de Madrid alerta sobre la investigación del juez Moreno. Disponible aquí. Consultado el 29/10/2013.

³⁸⁰ TEDH, Asunto El-Masri c. Macedonia, solicitud núm. 39630/09, 18 de septiembre 2009). Disponible aquí. Consultado el 29/10/2013.

que un operativo de Al-Qaeda³⁸¹.

El demandante alega que Macedonia violó los artículos 3 (prohibición de tortura), 5 (derecho a libertad y seguridad, por su detención durante 23 días por las autoridades macedonias y su traslado a Afganistán por agentes de la CIA) y 13 (derecho a un recurso efectivo en tanto que los tribunales de Macedonia no conocieron de su caso) de la CEDH.

Con anterioridad al recurso al TEDH, El-Masri había denunciado, sin éxito, los hechos ante el tribunal federal³⁸², que fueron inadmitidos por el tribunal de apelación del distrito en base a la doctrina de los privilegios de los secreto de Estado. El recurso al Tribunal Supremo tampoco surtió efecto ya que éste lo inadmitió sin justificación alguna³⁸³.

Tampoco había dado frutos la reclamación presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante la cual solicita que se declare que el programa de entrega de EEUU viola la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre³⁸⁴.

³⁸¹ Véase Lisa Myers & Aram Roston, “CIA Accused of Detaining an Innocent Man: If the Agency Knew He Was the Wrong Man, Why Was He Held?”, MSNBC, 21 de abril de, 2005. Consultado el 17/06/2012; Dana Priest, “Wrongful Imprisonment: Anatomy of a CIA Mistake”, Wash. Post, Dec. 4, 2005. Consultado el 7/06/2012.

³⁸² El-Masri c. Tenet, 437 F. Supp. 2d 530 (2006).

³⁸³ El-Masri c. Estados Unidos, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007), cert. denied, 128 S. Ct. 373 (2007). Consultado el 17/06/2012

³⁸⁴ Estados Unidos no ha respondido a esta reclamación. *Petition Alleging Violations of the Human Rights of Khaled El-Masri by the United States of America with a Request for an Investigation and Hearing on the Merits* (Inter-Am. Comm’n H.R. Apr. 9, 2008), consultar Además de esto, El-Masri testificó ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, lo cual dio lugar a que esta actitud se condenara por parte del Comité, Véase Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humano, *Obsevaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Estados Unidos de América, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1* (Dec. 18, 2006). En particular, el Comité incluye entre sus principales motivos de preocupación “la interpretación restrictiva que hace el Estado Parte del artículo 7 del Pacto, según la cual entiende: a). que la obligación de que nadie sea sometido a los tratos prohibidos por el artículo 7 del Pacto no incluye la obligación de no exponerlo a esos tratos mediante la transferencia, la entrega, la extradición, la expulsión o la devolución; b) que, en cualquier caso, no tiene ninguna obligación de no deportar a un individuo que pueda ser objeto de tratos crueles inhumanos o degradantes distintos de la tortura, tal como el Estado Parte entiende el término; y c) que no está sometido a ninguna obligación internacional de respetar una regla de no devolución en relación con las personas que tiene detenidas fuera de su territorio. (...) La preocupación del Comité se ve agravada por el hecho de que hasta ahora se haya podido valer el secreto de Estado en los casos en que las víctimas de esas prácticas han solicitado reparación ante los tribunales del Estado Parte (por ejemplo, las causas de Maher Arar c. Ashcroft (2006) y Khaled Al-Masri c. Tenet (2006) (art 7).”, párr. 16. Consultado el 17/06/2012

Por fin, el TEDH hace público su veredicto el 12 de Diciembre de 2012, condenando a Macedonia. El Tribunal estima que este país ha incurrido en responsabilidad internacional por haber permitido la comisión de torturas contra el demandante en su territorio³⁸⁵.

Abd Al-Rahim al Nashiri v. Polonia

Al Nashiri es un nacional saudí, operativo de Al Qaeda que fue detenido en Dubai en octubre de 2002 y, bajo custodia estadounidense, inmediatamente trasladado a prisiones gestionadas por la CIA en Afganistán y Tailandia, donde fue sometido a la tortura del “waterboarding”. También alega maltrato durante su estancia en una prisión secreta en Polonia en la que afirma haber sido sometido a ejecuciones simuladas y haber sido amenazado con daños a su madre. En este momento, sigue en Guantánamo, donde la fiscalía prepara la demanda de la pena capital contra él por su participación en los atentados terroristas del U.S.S Cole en Yemen en el año 2000.

El demandante alega que Polonia violó los artículo 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad y seguridad), 8 (derecho a la vida familiar privada), 10 (libertad de expresión) y 13 (derecho a un recurso efectivo) y el Protocolo 6, que prohíbe la pena de muerte, al permitir la detención en régimen de incomunicación y cooperar con los agentes de la CIA para su traslado, independientemente del riesgo de ser sometido a torturas o ser condenado a pena de muerte y no abrir investigaciones para esclarecer estos hechos. El TEDH no ha emitido aún una sentencia sobre este caso.

³⁸⁵ Se trata de una sentencia de gran interés que introduce, entre otras cosas, novedades en el ámbito procesal al dotar a los documentos de Wikileaks de carácter de prueba: “The Court continued to find the respondent State responsible for violations of Article 3 in relation to the applicant’s initial detention and his subsequent detention at Skopje airport. Furthermore, the Court found the respondent State responsible for the mistreatment occasioned against the applicant during his flight to, and his time in, Afghanistan. This was because the ‘there were serious reasons to believe that, if the applicant was to be transferred into US custody under the “rendition” programme, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3’, and, in turn, the respondent State had ‘knowingly exposed [the applicant] to a risk of ill- treatment and to conditions of detention contrary to Article 3’. The Court further found the respondent State had breached the applicant’s Article 5 rights in relation to his initial and subsequent detention at Skopje airport. The Court also found the respondent State had breached Article 5 as it had removed the applicant to another State where he was ‘at real risk of a flagrant breach’ of Article 5”. TEDH, Asunto El-Masri c. República de Macedonia, sentencia de 13 de diciembre de 2012, solicitud núm. 39630/09. También sobre esta sentencia, véase el interesantísimo análisis de Chantal Meloni en el que aborda el tratamiento del derecho a la verdad por parte del tribunal. MELONI, C., “Extraordinary renditions della CIA e responsabilità europea: il punto de vista della Corte Europea...*op. cit.*”

3.1.2.3. La ejecución como alternativa a la extradición: targeted killings³⁸⁶

En 1998, el experto en extradición Gilbert, escribió unas palabras que hoy, a la luz del contenido que se va a abordar en este apartado, pueden resultarnos sorprendentes: “As far as in known to this writer, the processes of extradition have yet to kill anyone”.³⁸⁷

Inspirados por el principio “*mala captus, bene detentus*”, algunos de los métodos analizados hasta ahora, aunque burlando el procedimiento oficial de extradición mediante el recurso de medios ilícitos y vulneradores de los derechos humanos, han tenido como objetivo garantizar el enjuiciamiento de los presuntos autores de delitos. Entre ellos, podemos citar el secuestro internacional o la deportación como extradición encubierta. Los atentados del 11-S visibilizaron y consolidaron una práctica muy poco documentada hasta ese momento: las entregas extraordinarias. Esta práctica va un paso más allá y representa una perversión de la figura de la extradición que, lejos de tener como fin último posibilitar el enjuiciamiento del sospechoso de terrorismo, persigue la obtención de información mediante la tortura. La política del asesinato selectivo objeto de este epígrafe, representa el último paso en la cadena de involución de la cooperación internacional para la lucha contra la impunidad. Estamos ante una práctica que viola flagrantemente los derechos humanos atentando contra el bien jurídico más preciado: la vida y ante la cual no hay posibilidad de defenderse. El asesinato selectivo puede definirse como el uso de fuerza mortal de manera intencional, premeditada y deliberada por parte de un Estado o de sus agentes con apariencia jurídica o por parte de un grupo armado organizado en un conflicto armado contra un individuo concreto que no se encuentre bajo su custodia física. Puede cometerse tanto en tiempos de paz como en el contexto de un conflicto violento. Los medios utilizados van desde el uso de francotiradores, los disparos de corta distancia, el lanzamiento de misiles desde

³⁸⁶ Se opta aquí por mantener la expresión inglesa original en lugar de recurrir al término “asesinato selectivo” con el que se ha traducido habitualmente porque el mismo, tal y como indica Rodríguez-Villasante y Prieto, no es fiel a la expresión inglesa. Así, este autor, buscando el sentido preciso de los términos que componen la locución, propone traducir la expresión como “ataques letales selectivos”. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Targeted killing”: de los “ataques letales selectivos” a los “asesinatos selectivos” y a las “ejecuciones extrajudiciales”, en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, Reflexiones sobre el conflicto colombiano, Dtores: DÍAZ BARRADO, C.M., FERNÁNDEZ LIESA, C.R., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., Civitas, 2013, pp. 349-350.

³⁸⁷ GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, 1998, p.361.

helicópteros, los aviones no tripulados y los coches bomba, al envenenamiento³⁸⁸. Esta práctica se ha venido justificando, tras los atentados del 11 de septiembre, en tanto que representa una respuesta legítima a la amenaza terrorista.

El uso del término se generalizó a partir del año 2000, cuando Israel hizo pública su política de “asesinatos selectivos” de presuntos terroristas en los Territorios Ocupados de Palestina³⁸⁹.

La decisión de tratar aquí exclusivamente los asesinatos selectivos teniendo en cuenta la magnitud y gravedad del fenómeno más amplio de las ejecuciones sumarias, extrajudiciales y arbitrarias³⁹⁰ responde a la relación directa de esta práctica con la extradición, y en concreto, a la posibilidad de concebirla como una alternativa a la extradición oficial que no solo viola los derechos humanos y el propio concepto de sistema jurídico sino que atenta contra la soberanía de los Estados.

El estudio específico sobre los asesinatos selectivos del Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de 2010, analiza la regulación y práctica de este fenómeno de Israel, Estados Unidos y Rusia en este ámbito.

Los asesinatos selectivos perpetrados por Israel en los Territorios Ocupados de Palestina, encuentran justificación, según el Gobierno de Israel, en el derecho a la legítima defensa y en el derecho internacional humanitario en tanto que la Autoridad Palestina no estaba tomando medidas para juzgar e impedir el terrorismo, y en concreto, los ataques suicidas contra Israel. Según la organización de derechos humanos israelí B'tselem, entre el año 2000 y la actualidad, un total de 255 personas han sido víctimas de los asesinatos selectivos en la Franja de Gaza y Cisjordania³⁹¹. En diciembre de 2006, el

³⁸⁸ Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Addendum, Estudio sobre asesinatos selectivos, 28 mayo 2010, A/HRC/14/24/Add.6, párrs. 1-8.

³⁸⁹ BEN-NAFTALI, O., y MICHAELI, K., “We must not make a scarecrow of the law: a legal analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings”, *Cornell International Law Journal*, núm. 36, 2003, p. 233, p. 234, citado en Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, ejecuciones sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Don NU A/HRC/14/24 de 20 de mayo de 2010.

³⁹⁰ Y teniendo en cuenta, como subraya el Relator Especial, que los asesinatos selectivos, al contrario que las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, pueden ser legales en el marco de un conflicto armado (Supra Informe del Relator Especial sobre ejecuciones... párr.10)

³⁹¹ B'tselem, The Israeli information center for Human Rights in the occupied territories.

Tribunal Supremo israelí reconoció la legalidad de los asesinatos selectivos de civiles siempre y cuando estuvieran participando directamente en las hostilidades y se cumplieran cuatro requisitos³⁹², requisitos que, más allá de su dudosa legalidad, ni siquiera han sido respetados, según el Informe de la organización.

En cuanto a Estados Unidos, su política de asesinatos selectivos haciendo uso de aviones no tripulados (drone strikes) tanto en el marco de un conflicto armado³⁹³ como el de Iraq o Afganistán, como en territorios en los que no existe tal conflicto, es de sobra conocida³⁹⁴. Aunque es difícil cifrar el número de víctimas de estos ataques³⁹⁵, conviene hacer referencia, como ejemplo, al asesinato selectivo del supuesto líder de Al Qaeda, Qaed Senyan al-Harithi y sospechoso de haber perpetrado el atentado terrorista del USS Cole. Este asesinato fue efectuado por un avión no tripulado de la CIA cuando el sospechoso se encontraba en territorio yemení, reconocido y defendido por la administración americana³⁹⁶. Por desgracia, la entrada de Obama no ha supuesto

³⁹² Los requisitos establecidos por el Tribunal para que el asesinato selectivo esté dentro de la legalidad, pueden resumirse así: 1. Comprobación de la identidad del objetivo; 2. Inexistencia o imposibilidad de usar otros medios menos dañinos; 3. Investigación retroactiva de la identificación y circunstancias de cada ataque; y 4. Los daños colaterales a civiles deben respetar el principio de proporcionalidad regulado por el Derecho Internacional Humanitario. Israel High Court of Justice, The Public Committee Against Torture et al. V. The Government of Israel, et. al. HCJ 769/02, Judgement of 14 december 2006 (PCATI).

³⁹³ CASEY-MASLEN, S., “Pandora’s box? Drone strikes under ius ad bellum, ius in bello and human rights law”, *International review of the Red Cross*, vol. 886, núm. 886, junio 2012, pp. 597-625; CAHALL, B., “At least 16 suspected militants killed by US drone strike in North Waziristan”, *Foreign Policy*, 3 de julio 2013. Disponible aquí.

³⁹⁴ En un libro publicado en abril de 2013, el reportero especializado en relaciones internacionales y premio Pulitzer, Mark Mazzetti, desvela que los primeros ataques con drones en Paquistán fueron el resultado de acuerdos entre el gobierno de Paquistán y la CIA en virtud de los cuales los primeros cedían espacio aéreo a los segundos a cambio de la eliminación de ciertos líderes rebeldes, en muchos casos aliado a los Talibanes. MANZZETTI, M., *The Way of the Knife: The CIA, a Secret Army and a War at Ends of the Earth*, Penguin Press, 2013. Consultense los recientemente publicados informes de Amnistía Internacional y Human Rights Watch sobre la incidencia de este fenómeno en Paquistán. Amnistía Internacional, “Will I be next?”, US drone strikes in Pakistan, Index nº ASA 33/013/2013 de 22 de octubre de 2013. Disponible aquí. Se trata de un informe que investiga los 45 ataques reconocidos en el norte de Waziristán entre enero de 2012 y agosto de 2013. Entre las averiguaciones realizadas, el informe destaca que en varios casos los drones mataron civiles indiscriminadamente. En el apartado 6 se estudia el fenómeno de los ataques desde aviones no tripulados bajo el derecho internacional, y en concreto, bajo el derecho internacional humanitario. Human Rights Watch, “Between a Drone and Al-Qaeda” de 22 de octubre de 2013. Disponible aquí.

³⁹⁵ Según las diferentes fuentes del Informe los números oscilan entre 20 y cientos. Véase por ejemplo, las publicaciones del Bureau of Investigative Journalism que, en su informe sobre los ataques con aviones no tripulados perpetrados en Paquistán en 2012, ha cifrado el número de muertos entre 229-400. The Bureau of investigative journalism, “Get the data: drone wars, Obama 2012 Pakistan strikes”, 2012. Disponible aquí. Consultado el 21/10/2013.

³⁹⁶ US defends Yemen strike BBC, 10 de noviembre 2002.

ninguna variación en la posición de la administración americana en relación a la legalidad del recurso a esta práctica en el marco de la mal llamada “guerra contra el terror”. A pesar de las pruebas que evidencian las numerosas muertes de civiles inocentes como consecuencia de esta práctica³⁹⁷, los asesinatos selectivos de supuestos integrantes de Al Qaeda siguen perpetrándose bien mediante aviones no tripulados³⁹⁸ bien mediante ejecuciones directas por agentes de la CIA, tales como la de Osama Bin Laden en mayo de 2011³⁹⁹. Solo la presión pública derivada de la reciente noticia de la muerte de cuatro estadounidenses como consecuencia de estos ataques ha conseguido arrancar del Presidente un compromiso para establecer nuevas limitaciones a la utilización de esta técnica⁴⁰⁰. Los tribunales de otros Estados han evitado pronunciarse sobre la ilegalidad de estos asesinatos cuando se les ha presentado la oportunidad. Así, en el asunto Khan en el Reino Unido, el demandante, hijo de una víctima de estos asesinatos, presentó ante los tribunales ingleses pruebas de que el ataque selectivo causante de la muerte de su padre y de otras 40 personas había sido facilitado por información que proporcionaba el gobierno inglés. El demandante solicitó, sin éxito, que se declarara la ilegalidad de la decisión del Secretario de Estado inglés de proporcionar esta información al gobierno americano para la perpetración de los asesinatos selectivos. El demandante sostuvo que, en tanto que no existía un conflicto armado internacional en Pakistán, los empleados del Servicio de Comunicación del Gobierno no estaban amparados por la inmunidad del combatiente y que, por ende, podrían ser acusados de cooperar o inducir estos asesinatos perpetrados en el norte de Waziristan. El haber proporcionado esta información al gobierno americano, fue tildado

³⁹⁷ Los cables revelados por Wikileaks afirman que el primer ataque con aviones no tripulados en Yemen por Obama en diciembre de 2009 causó docenas de muertes de civiles, incluyendo 14 mujeres y 21 niños. Amnesty International, Wikileaks cable corroborates evidence of US airstrikes in Yemen.

³⁹⁸ Ataque en Pakistán con aviones no tripulados causando la muerte del supuesto número dos de Al Qaeda, junio de 2012.

³⁹⁹ Discurso oficial en el que el Presidente Obama anuncia el asesinato selectivo de Osama Bin Laden por la CIA y, agradeciendo a los agentes que han llevado a cabo esta operación, la califica de logro. La utilización de la célebre frase “Justice has been done” para referirse a una ejecución o asesinato selectivo realizado de espaldas a cualquier procedimiento jurídico mina los fundamentos y principios básicos del sistema jurídico y atenta flagrantemente contra los derechos de seguridad jurídica. Recientemente, el Relator Especial sobre derechos humanos y lucha contra el terrorismo ha abierto una investigación para evaluar este fenómeno de manera más directa y su impacto sobre la población civil, tras el informe publicado por HRW y la Harvard Legal Clinic (23/01/2013). Véase RAFIN, R., “International concern over the use of Drones and Unmanned Weapons”, en ilawyerblog.com. Disponible aquí, 23 de enero 2013.

⁴⁰⁰ “Obama, in a Shift, to Limit Targets of Drone Strikes”, New York Times, 23 de mayo de 2013.

por el demandante de cooperación con la comisión de un crimen de guerra. Estas solicitudes fueron rechazadas por el tribunal inglés, que se negó a juzgar los actos soberanos de otros Estados, lo cual incluye la negativa a pronunciarse sobre la legalidad de los ataques selectivos. Ante la respuesta del demandado, que insistió en que el pronunciamiento que solicitaba del tribunal se circunscribía a valorar la actuación de los funcionarios del Servicio de Comunicaciones del Reino Unido, el tribunal afirmó que no podía valorar la actuación de los mismos en tanto que no contaba con pruebas fehacientes de estos actos, así como del conocimiento e intencionalidad de los mismos al llevarlos a cabo, afirmando que la hipótesis de que se encontraran pruebas de cargo contra estos funcionarios era el resultado de una “conjetura imaginativa”.⁴⁰¹

En cuanto a Rusia, las operaciones militares que han resultado en asesinatos selectivos en Chechenia se han venido justificando en el marco de la lucha contra el terrorismo, lo cual resulta preocupante, tal y como pone de manifiesto el Relator Especial, Philip Alston, en el territorio de un país en el que una gran parte de su población ha sido calificada de terrorista⁴⁰². Llama también la atención la aprobación de una Ley en 2006 que permite a los servicios de seguridad rusos, previa autorización del Presidente, llevar a cabo ejecuciones de terroristas fuera del territorio de su Estado, emulando el carácter expansivo de la capacidad de actuación de los agentes americanos e israelíes.

En cuanto a la legalidad del recurso de los asesinatos selectivos, si bien es cierto que esta actuación puede quedar amparada por el DIH siempre y cuando se den una serie de requisitos⁴⁰³, el Relator Especial, al abordar los ataques de aviones no tripulados reconoce que es prácticamente imposible que se cumpla el requisito de la legítima defensa anticipatoria, que en este contexto legitimaría el ataque:

⁴⁰¹ R (on the application of Khan) c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (2012) EWHC 3728 (Admin), Sentencia de 21 de diciembre de 2012.

⁴⁰² Ver Informe del Relator Especial sobre ejecuciones...párr. 23

⁴⁰³ Para los requisitos véase Supra Informe párr. 30. Algunos autores americanos han querido extender esta justificación a la guerra contra el terror, cuya improcedencia y manifiesta ilegalidad ya ha sido tratada en profundidad en el apartado 3.2. Véase también HEYMANN, P.B., & KAYYEM, J.N., *Long-Term Strategy Project for Preserving Security and Democratic Freedoms in the War on Terrorism* (2004). Para profundizar sobre el debate, véase EMMANUEL GROSS, “Thwarting Terrorist Acts by Attacking the Perpetrators or Their Commanders as an Act of Self-Defense: Human Rights Versus the State’s Duty to Protect its Citizens”, *Temp. Int’l & Com. L.J.*, núm. 15, 2001, p. 195, p. 245-46; ULRICH, J., “The Gloves Were Never On: Defining the President’s Authority to Order Targeted Killing in the War Against Terrorism”, *Va. J. Int’l L.*, núm. 45, 2005, p. 1029.

“En terminus prácticos, existen muy pocas situaciones fuera del contexto de conflicto violento en las que se cumple con el requisito del carácter necesario del recurso a la defensa propia. Para ello, la situación ha de ser abrumadora, instantánea, sobrevenida y no debe permitir la actuación alternativa, no existiendo tiempo ni para pensar (...). Además, el asesinato de cualquier otra persona que no fuera el objetivo (familiares o vecinos) constituye una privación arbitraria de la vida bajo el derecho de los derechos humanos y puede generar responsabilidad del Estado además de responsabilidad penal individual”.⁴⁰⁴

A la luz de todo lo anterior, podemos estar parcialmente de acuerdo con la afirmación del profesor Gilbert, que encabeza este apartado. Si bien es cierto que el número de muertes en los procesos de extradición no es especialmente llamativo, es importante contemplar el cuadro completo para entender que esto no es necesariamente una buena noticia. Los asesinatos selectivos representan una alternativa a la extradición, que viola de manera flagrante los derechos humanos, y atenta contra los cimientos del sistema jurídico. Sus autores sienten que están por encima de la ley y que por lo tanto están legitimados para juzgar, condenar a muerte y ejecutar esta condena al margen de un proceso judicial. En este sentido, esta práctica puede concebirse, de manera muy abstracta y desde un enfoque prescriptivo, en una alternativa a la extradición en tanto que el fin perseguido por los Estados responsables de estos asesinatos es “enjuiciar” y “condenar” a los presuntos criminales (terroristas, en los casos estudiados). Precisamente al definirse como una alternativa a la extradición, esta práctica se puede llegar a definir como una “estatalización del ajuste de cuentas” que difícilmente puede encontrar justificación alguna en el derecho internacional, a pesar de los esfuerzos de algunos países dirigidos a adaptar el marco normativo existente a su gusto y necesidades⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Supra Informe del Relator Especial sobre ejecuciones...párr. 86. Traducción de la autora.

⁴⁰⁵ En el momento en el que se están escribiendo estas líneas acaban de publicarse dos importantes informes en relación a la posible ilegalidad de los ataques a través del uso de aviones no tripulados. Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” de 13 de septiembre de 2013, Doc NU A/68/382; Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo” de 18 de septiembre de 2013, Doc NU A/68/389*.

CAPÍTULO IV - LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR COMO HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

"Tenemos que librar al planeta del hecho obscuro de que una persona tenga más probabilidades de ser juzgada si mata a un ser humano que si mata a 100.000"⁴⁰⁶.

José Ayala Lasso, Ex Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

4.1. La impunidad. Concepto y efectos⁴⁰⁷

Antes de adentrarnos en el estudio del fenómeno de la impunidad y el potencial efecto de la obligación de extraditar o juzgar sobre la misma⁴⁰⁸, conviene realizar unas aclaraciones previas. En efecto, cuando hablamos de impunidad, es preciso distinguir entre la impunidad fáctica y la impunidad normativa⁴⁰⁹. Esta última se fundamenta en la existencia de normas jurídicas que buscan hacer inviable la persecución penal de los presuntos responsables de los más graves crímenes internacionales y encuentra su máxima expresión en las conocidas “leyes de amnistías”.

En el caso de la impunidad fáctica, la situación es distinta. Así, en palabras del fiscal Carlos Castresana: “cuando se habla de impunidad de facto, el Derecho existe, las normas están en vigor, han sido debidamente aprobadas, y sin embargo por alguna

⁴⁰⁶ Citado en el tercer informe anual del TPIY en *The Hague Yearbook of International Law*, 1996, pp. 154. Traducción de la autora.

⁴⁰⁷ Se recuerda aquí, que, en coherencia con el resto de la tesis, el estudio de la impunidad se encuadra exclusivamente en el marco sustantivo delimitado por el tipo crimen de lesa humanidad.

⁴⁰⁸ Cláusula que Fernández Liesa incluye, citando a RODRÍGUEZ CARRIÓN, entre las conexiones competenciales que se han multiplicado como forma de lucha contra la impunidad, junto con “la aparición de jurisdicciones universales nacionales, la constitución de tribunales internacionales y la eliminación de las inmunidades personales”. FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas, 2013, pp. 341-342.

⁴⁰⁹ Distinción tomada prestada del profesor Chinchón Álvarez. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., El concepto de impunidad a la luz del Derecho Internacional: una aproximación sistémica desde el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 24, 2012, pp. 3-4. En la misma línea de la nota al pie anterior, este autor realiza otra importante distinción entre la impunidad en sentido amplio y la impunidad en sentido estricto, pp. 3: “La primera vendría referida a la no persecución de conductas tipificadas que pueden encuadrarse en la criminalidad común; (...) Sin embargo, cuando hablamos de impunidad en sentido restringido estaríamos no ante delitos comunes, sino que las conductas a abordar serán crímenes de derecho internacional y/o violaciones a los derechos humanos”.

razón no se aplican, no obtienen consecuencias prácticas y concretas⁴¹⁰”. Sin perjuicio de un breve recorrido a través de las distintas leyes de amnistía promulgadas en los últimos tiempos, el objeto de la presente tesis doctoral nos obliga a centrarnos en la impunidad de facto, en la creencia de que, en este momento histórico, es aquí donde el *aut dedere aut judicare* puede realizar su mayor contribución⁴¹¹.

Habiendo descartado, por inabarcable, el interesantísimo debate en torno a los argumentos políticos y legales que subyacen al conflicto “justicia versus paz” que desde hace años enfrenta la doctrina en el ámbito de la Filosofía del Derecho⁴¹², se

⁴¹⁰ CASTRESANA, C., “Lucha contra la impunidad”, transcripción de la conferencia pronunciada en las Jornadas contra la Tortura, Universitat de Valencia, 28 noviembre de 2002. Disponible en “Textos para una Justicia Universal”, citado en CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., El concepto de impunidad a la luz...*op. cit.*, p. 4. Frente a la impunidad de facto se han pronunciado, entre otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase CIDH, Asunto P. Blanca, Paniagua y Morales y otros, c. Guatemala, Sentencia de 8 de marzo de 1998, p. 173.

⁴¹¹ Sin que ello sea óbice para considerar la posibilidad de que al *aut dedere aut judicare* sirva también como herramienta para combatir o dejar sin efecto aquellas leyes de amnistía que conforman la impunidad normativa. Es más, ya existen ejemplos muy cercanos en los que se ha invocado la obligación de extraditar o juzgar para desactivar leyes de amnistía que impiden el enjuiciamiento de presuntos responsables de crímenes de lesa humanidad. Véase el auto mediante el cual la Jueza argentina María Severini dicta una orden de arresto contra 4 presuntos torturadores durante el franquismo. Juzgado criminal y correccional federal 1, Auto, Causa núm. 4.591/2010, “N.”. s/genocidio”, de 18 de septiembre de 2013, p.140: “Entonces como sostiene Relva en su artículo, los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *jus cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable. Los deberes jurídicos que ello acarrea son la obligación de enjuiciar o extraditar (*aut dedere aut iudicare*);”. Se apoya, en su razonamiento jurídico en construcciones jurídicas sostenidas por académicos como Bassiouni, tal y como veremos más adelante, o Hugo Relva.

⁴¹² Dorado Porras sintetiza y divide en dos grupos los argumentos a favor de la persecución penal en los casos de violaciones graves de derechos humanos: “(...) Por lo que respecta al **argumento político**, se centra en la idea de que una verdadera reconciliación no puede conseguirse con el olvido de la impunidad y exige la persecución penal de las graves violaciones de derechos humanos. En cuanto a los **argumentos legales**, existe un primer argumento que tiene que ver con la propia defensa del Estado de Derecho y que está, por tanto, directamente conectado con el argumento político. En este sentido, la persecución penal pondría al Estado en el buen camino de la democracia, al no hacer excepciones a la aplicación del Derecho y lo vincula con el Estado de Derecho y el restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en el Imperio de la ley. Un segundo argumento, conectado con el anterior, es que la aplicación del imperio de la ley en el ámbito penal supondría el cumplimiento de ciertos fines que son valiosos en sí mismos, y que pueden ser definidos de forma genérica como los fines de la pena: básicamente, los fines de retribución, prevención -general y especial- y reinserción. Un tercer argumento a favor de la aplicación de la justicia penal sería que sólo a través de ella puede satisfacerse plenamente el derecho a la justicia de las víctimas”. Negrita añadida. DORADO PORRAS, J., “Justicia transicional, persecución penal y amnistías”, núm. 28, Época II, enero 2013, pp. 81-113, p. 84. A riesgo de simplificar, se dividen aquí a los autores en dos grupos: aquellos que creen que “no hay paz sin justicia” y aquellos que reconocen excepciones a esta afirmación y valoran el papel de los mecanismos extrajudiciales, simultánea o exclusivamente en la justicia transicional y en la consolidación de una paz duradera. Entre los primeros, radicalmente a favor del enjuiciamiento penal como paso previo necesario al esfuerzo reconciliador, encontramos a la Ex Fiscal para la Antigua Yugoslavia, Carla del Ponte que en la Conferencia de clausura del Congreso Internacional de Jóvenes Penalistas celebrado en 2011 en la Universidad de La Rochelle, sostiene que “en ningún caso deben crearse Comisiones de Verdad o comenzarse procesos de reconciliación antes de que se haya hecho justicia, a través de los tribunales”. (Notas en posesión de la autora) y a Mark Ellis, ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing Accountability as a Way to

desglosarán aquí algunos de los efectos que la impunidad ha tenido en las distintas sociedades que la han padecido. Se cuenta para ello con una importante fuente de datos proporcionada por el trabajo de investigación de M. Ellis, Director Ejecutivo del International Bar Association, que estudia el impacto de la impunidad en varios Estados. Entre ellos, cabe destacar el análisis realizado en los siguientes países durante los últimos 25 años: Timor Oriental, Camboya, Colombia, Guatemala y Liberia.

Como se verá a continuación, las conclusiones extraídas resultan, cuanto menos, alarmantes. En el caso de Timor Oriental, la impunidad que, *de facto*, venían disfrutando los presuntos autores de gravísimas violaciones de derechos humanos durante los 24 años que duró la ocupación de Indonesia en Timor y de la masacre que

Promote Peace and Stability-The Role of International War Crime Tribunals”, *J.Nat’l Security L. & Pol’y*, vol. 2, 2006, p. 111-164, p. 163: “Despite these expanding legal obligations, however, states often continue to pardon or ignore the perpetrators of heinous crimes. In conflict environments, governments defend their policies of impunity as being necessary to bring about a remission of hostilities, yet impunity is often linked to instability and further conflict. The presence of perpetrators in communities where victims and witnesses still live may constitute a serious, or even insuperable, impediment to reconciliation” Menos radical pero en una clara postura de defensa del proceso penal, se pueden citar los siguientes autores: AKHAVAN, P., “Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal”, *Human Rights Quarterly*, 1998, vol. 20(4), pp. 737-816, pp. 743-751; TEITEL, R., “Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation”, *The Yale Law Journal*, 1997, vol. 106(7), 2009-2080, pp. 2031-2031; ORENTLICHER, D., “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale Journal of International Law*, 1991, vol. 100, p. 2539- 2615; MALMUD-GOTI, J., “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, *Human Rights Quarterly*, vol. 12, 1990, pp. 11-13; KIRSCH, P., “Applying the principles of Nuremberg in the International Criminal Court”, *5Washington University Global Studies Law Review*, vol 6, pp. 501-509, p. 502: “Ensuring accountability is important in itself, but it is also important because allowing impunity for widespread or systematic atrocities can have serious consequences for international peace”. Por último, autores como Olásolo se apoyan en el Estatuto de Roma para defender la persecución penal frente a otras medidas de justicia transicional. OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, 2003, pp. 47-76, pp. 68: “(...) el Preámbulo del ER apuesta decididamente por las actuaciones penales de manera que las leyes de amnistía no puedan ser utilizadas en el futuro como moneda de cambio. La razón que justifica esta importante decisión político-legislativa consiste en el hecho comprobado de que mientras los autores de los delitos más graves contra la Comunidad Internacional piensen que pueden obtener amnistía a cambio de paz, ni firmarán la paz ni abandonarán el poder a no ser que se les garantice que ni ellos ni sus más cercanos subordinados serán enjuiciados por los delitos cometidos”. En el segundo grupo encontramos posiciones escépticas con el “poder sanador” de los procesos penales. Estas posiciones, enraizadas en el realismo o el pragmatismo se apoyan en el carácter interrelacional del derecho, la política y el poder para sostener que en tanto que los Estados son a la vez actores, legisladores, ejecutores y jueces del derecho internacional, para defender que una “justicia pura”, es, en cualquier caso, inalcanzable. Véase entre otros, SUBOTIC, J., *The Paradox of International Justice Compliance*, *The International Journal of Transitional Justice*, 2009, 1-22, pp. 22: “Whether or not a country cooperates with an international tribunal or sets up a domestic war crimes court is not the only, or even the best, indicator of a state’s commitment to dealing with the past” y PENKSY, M., “Amnesty on Trial: Impunity, Accountability and the Norms of International Law”, *Ethics and Global Politics*, núm. 1, 2008. Para profundizar sobre esta cuestión, consúltase el trabajo de Kai Ambos que estudia lo que denomina como los enfoques “estricto” y “flexible” en la concepción del instituto de la amnistía. AMBOS, K., *The legal framework of transitional justice*, Study Prepared for the Conference “Building a Future on PEace and Justice”, Nuremberg, 25-27 de junio de 2007, pp. 29-52.

siguió a la proclamación de independencia de este país en 1999, se institucionalizó cuando, por decisión del Gobierno de Timor, se sustituye la persecución penal con un proceso de reconciliación mediante la Comisión de Verdad y Amistad, que comenzaría su actividad el 11 de agosto de 2005⁴¹³. El efecto de la impunidad en este caso fue la repetición de estas mismas atrocidades en la provincia Aceh de Indonesia, en algunos casos por los mismos oficiales que habían sido previamente acusados por la perpetración de crímenes internacionales en Timor Oriental⁴¹⁴.

En el caso del genocidio cometido por los Jémeres Rojos en Camboya entre 1975 y 1979, el manto de impunidad que ha cubierto este país desde el fin del conflicto hasta que en junio de 2003, finalmente el acuerdo entre el Gobierno del país asiático y las Naciones Unidas sobre los términos en los que establecer la Cámara *Extraordinaria* en las *Cortes de Camboya llega tarde y mal, en tanto que no solo son pocos los líderes responsables de las atrocidades que por edad han sobrevivido y por ende, pueden responder ante la justicia, sino que el Gobierno Camboyano que, durante todo este tiempo ha concedido numerosas amnistías, sigue, en la actualidad, poniendo trabas al desarrollo de la actividad del Tribunal*⁴¹⁵.

Las críticas que la ley de amnistía⁴¹⁶ y perdón colombiana (2002), dictadas en el marco del conflicto entre las fuerzas gubernamentales y grupos armados rebeldes en Colombia, ha recibido son de sobra conocidas. En efecto, al margen de los clásicos reproches que

⁴¹³ Se trata esta de una Comisión creada por acuerdo entre el gobierno de Indonesia y el gobierno de Timor Oriental. Disponible aquí. Consultado el 17/10/2013. Recuérdese que ya en el año 2000, la Comisión de Investigación de las Naciones Unidas había recomendado la creación de un tribunal para juzgar los crímenes de guerra como pilar de la estabilidad futura de Timor Oriental. El Secretario General de Naciones Unidas, ante las promesas, aún incumplidas, de Indonesia de abrir procedimientos penales para conocer de estos hechos, decidió dar un voto de confianza a los tribunales domésticos. Los intentos por establecer tribunales ad hoc a este fin resultaron todos fallidos. En Timor Oriental, por otro lado, en el año 2000, se establecieron unos “Tribunales Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental”. Estos tribunales, con participación internacional, funcionaron en la forma pero no en el fondo ya que, cuando se formalizaba una acusación y se solicitaba la extradición, el gobierno de Indonesia la denegaba. El gobierno de Timor Oriental, al ver peligrar las nuevas relaciones con Indonesia descalificó al Tribunal, cuestionando su credibilidad.

⁴¹⁴ Indonesia: Aid Workers Executed in Aceh, HUMAN RTS. NEWS, Dec. 8, 2000. Disponible [aquí](#). Consultado el 17/10/2013. ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing Accountability as a Way to Promote Peace and Stability-The Role of International War Crime Tribunals”, 2 *J.Nat’l Security l. & Pol’Y* 111, 115 (2006), p. 124.

⁴¹⁵ SCHLEIN, L., “UN Says Corruption in Cambodia Hinders Progress”, [www.voanews.com](#), 18 de abril de 2005. Disponible aquí. Consultado el 17/10/2013; Human Rights Watch, Human Rights Review: Cambodia, enero de 2004. Disponible aquí. Consultado el 17/10/2013.

⁴¹⁶ Ley de justicia y paz de 25 de julio de 2005. Disponible aquí. Consultado el 17/10/2010.

siguen siempre a la eliminación de la responsabilidad penal, esta ley ha sido tildada de utilitarista en tanto que ha buscado amnistiar a paramilitares que cometieron crímenes que convenientemente apoyaban las políticas del gobierno⁴¹⁷. En este caso, las consecuencias de la impunidad pueden dividirse en dos grupos: a nivel humano, la población ha tenido que vivir durante casi cincuenta años en una situación de conflicto violento⁴¹⁸ y a nivel jurídico, la perpetuación de la impunidad en este caso ha desembocado en la apertura de una investigación por parte de la CPI⁴¹⁹, con una parte de la doctrina abogando por que este tribunal, ante la “incapacidad o falta de voluntad” de Colombia, ejerza su competencia subsidiaria y conozca de estos hechos⁴²⁰. La perpetuación del estado de violencia o la incapacidad de poner fin a este conflicto podría leerse como una tercera consecuencia de la impunidad, admitiendo que concurren, junto a esta, otras muchas y complejas causas.

El conflicto interno que asoló a Guatemala durante una guerra civil que duró 36 años y que finalizó en 1996 dejó tras de sí un balance de 200.000 muertos o desaparecidos. Tras el fin del conflicto, se establece la Comisión para el Esclarecimiento Histórico que en 1999 publica un informe en el que documenta la comisión de genocidios, desapariciones y secuestros, en la mayoría de los casos con la connivencia o incluso por orden de las autoridades del Estado⁴²¹. En este informe la Comisión recomienda energéticamente el procesamiento de los presuntos responsables. A día de hoy, los avances en el cumplimiento de esta recomendación son bastante modestos. Más allá de la sentencia condenatoria dictada por un tribunal doméstico contra 13 soldados por la masacre de Xamán, solo es posible aludir a la condena del Ex Presidente Efraín Ríos Montt por crímenes de guerra y genocidio, vigente muy poco tiempo antes de que el

⁴¹⁷ Véase, entre otros, CABRALES SALAZAR, O., *Ley de justicia y paz y el marco legal para la paz ¿un paso más hacia la impunidad?*, *Justicia Iuris*, vol. 8, núm. 1, 2012, pp. 84-91.

⁴¹⁸ Entre los actores más destacados se encuentran las guerrillas armadas denominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (“FARC”) y el Ejército de Liberación Nacional (“ELN”); grupos armados paramilitares, a veces denominados colectivamente Autodefensas Unidas de Colombia (“AUC”); y las fuerzas armadas nacionales y la policía.

⁴¹⁹ CPI, Oficina de la Fiscalía, *Reporte Intermedio sobre la situación en Colombia*, noviembre de 2012. Disponible aquí. Consultado el 17/12/2013.

⁴²⁰ GARCÍA OTERO, R., *Activación de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional en Colombia*, *Justicia Iuris*, vol. 8, núm.1, 2012, pp. 149-157.

⁴²¹ ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing...*op. cit.*”, p. 135.

Tribunal Constitucional decidiera revocarla⁴²².

En este caso, el autor formula las consecuencias de la impunidad de una manera más abstracta y quizás un tanto alambicada, afirmando que como resultado de la misma “persiste la inseguridad, la ausencia de justicia, el racismo y la pobreza generalizada y extrema⁴²³”.

En el caso de Liberia, dos han sido los obstáculos a los que se ha tenido que hacer frente a la hora de perseguir penalmente los hechos: la amnistía concedida a todos los combatientes en el marco de los Acuerdos de Paz de Lomé de 1999 y el asilo concedido a Charles Taylor en Nigeria en agosto de 2003. En este caso, Ellis interpreta el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, mediante acuerdo entre las Naciones Unidas y Sierra Leona a solicitud del Consejo de Seguridad en agosto del año 2000⁴²⁴, como una decisión dirigida a “revertir las políticas desastrosas implementadas previamente con el fin de poner fin al largo conflicto de Liberia⁴²⁵”. Este Tribunal, tras conseguir que en 2006, Nigeria, a petición de la Presidenta de Liberia, extraditase al ex mandatario, lo condenó a 50 años de privación de libertad por la comisión de crímenes de lesa humanidad⁴²⁶, decisión que fue confirmada en apelación⁴²⁷. En otras palabras, el

⁴²² ELÍAS, J., El Constitucional de Guatemala anula la condena al exdictador Ríos Montt, El País, 21 de mayo de 2013. Disponible aquí. Consultado el 17/10/2013. A la espera de un debate que ha de celebrarse en el Congreso a principios de 2014 para evaluar la posibilidad de conceder a Ríos Montt la amnistía, el último episodio de este asunto ha estado protagonizado por la decisión de la Corte Constitucional del pasado 22 de octubre de 2013 de aplicar el decreto 8-86, que contiene la amnistía a todos los miembros de las fuerzas armadas y a los guerrilleros, sin ninguna excepción, por delitos que se hubieran cometido durante el conflicto armado interno. Gramajo, J., Contreras, G., y Palma, C., *Opiniones a favor y contra de la posible amnistía a Ríos Montt*, Prensa Libre, 24 de octubre de 2012. Disponible aquí. Consultado el 24/10/2013.

⁴²³ ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing...*op. cit.*, p. 136.

⁴²⁴ El Tribunal *ad hoc* fue establecido por acuerdo el 16 de enero de 2002 en Freetown. La Resolución 1315 (2000) del 14 de agosto de 2000 del Consejo de Seguridad había requerido al Secretario General que negociara un acuerdo entre estos dos actores para crear un tribunal independiente para enjuiciar aquellas violaciones graves del derecho internacional humanitario y de la ley de Sierra Leona cometidas en el marco del conflicto armado.

⁴²⁵ ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing...*op. cit.* p.136.

⁴²⁶ El ex Presidente de Liberia fue encontrado culpable de abusar de su poder y colaborar en la comisión de crímenes cometidos en Sierra Leona durante la guerra civil. Los delitos que se lo imputaron incluían el asesinato, actos de terrorismo, esclavitud sexual, violación, trato cruel, atentados contra la dignidad humana, otros actos inhumanos, esclavitud y reclutamiento de niños soldados. Tribunal Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Charles Ghankay Taylor, Tribunal de Primera Instancia (Trial Chamber), Caso no. SCSL-03-01-T, Sentencia de 30 de mayo de 2012.

⁴²⁷ Tribunal Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Charles Ghankay Taylor, Tribunal de Apelación, caso núm. SCSL-03-01-T, Sentencia de 26 de septiembre de 2013.

autor considera que la intervención internacional en virtud de la cual se estableció el Tribunal Especial para Sierra Leona es el resultado de la falta de implementación de mecanismos de lucha contra la impunidad con carácter previo.

Así, a la luz de lo analizado, a modo de síntesis y sin ánimo de exhaustividad en una cuestión que debe ser abordada conjuntamente desde varias disciplinas⁴²⁸, tales como la psicología, la sociología, el derecho y la teoría del Estado, se pueden enumerar algunas de las consecuencias de la institucionalización de la impunidad en ciertas sociedades postconflicto: intervención de la comunidad internacional mediante la CPI o mediante tribunales internacionales creados *ad hoc*, recrudecimiento y perpetuación del conflicto y situaciones de injusticia y repetición de las atrocidades.

4.2. El marco jurídico internacional de la lucha contra la impunidad

Partiendo del reconocimiento de la proliferación que en los últimos tiempos ha experimentado la regulación convencional de la prohibición de la impunidad, especialmente en el ámbito de los más graves crímenes internacionales, se ha estimado ineludible en este apartado, a efectos de contextualización, realizar una esquemática referencia al marco jurídico convencional vigente.

El primer reconocimiento convencional importante del derecho al recurso efectivo de toda víctima de la violación de sus derechos humanos, se positiviza en el artículo 2 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴²⁹. El contenido de esta

⁴²⁸ Sobre los efectos de la impunidad, en general y desde distintas ramas del conocimiento véase DUTRÉNIT BIELOUS, S.E., Secuencias de la impunidad prolongada: la experiencia uruguaya cuando amenacen verdad y justicia, *Historia Actual Online*, nº30, 2012, pp. 7-22; DE CASTRO KORGÍ, A., Impunidad, venganza y ley (más allá de la ley del padre), *Desde el jardín de Freud: revista de psicoanálisis*, núm. 5, 2005, pp. 226-241. Impunidad como factor desencadenante de la criminalidad, *Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del Control Social*, 1, vol. 36, núm. 2, 2008, pp. 71-92.

⁴²⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Artículo 2: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio

disposición ha sido desarrollado por la Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos, que destaca algunos aspectos de gran relevancia en la configuración del derecho al recurso efectivo. Así, en relación al párrafo 2 del artículo 2, que permite a los Estados Partes hacer efectivo los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el Comité subraya que “el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado⁴³⁰”. En esta misma línea, unos párrafos mas adelante, el Comité vuelve a insistir sobre el carácter imperativo de la efectividad de los derechos reconocidos, excluyendo la posibilidad de justificar la falta de cumplimiento de esta obligación “alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro del Estado⁴³¹”, para terminar añadiendo que “la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto⁴³²”. Otro instrumento Convencional que persigue garantizar el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales es la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1970⁴³³. Además, a nivel convencional, la

de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

⁴³⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General 31. Las índole de la obligación jurídica impuesta, Documento UN: HRI/GEN/1/Rev.9, Vol. I, p. 291, párr. 4.

⁴³¹ *Id.* párr. 14. En este apartado no se abordará la cuestión de la reparación, objeto de análisis en el subepígrafe dedicado a la justicia transicional.

⁴³² *Id.* párr 18. El Comité alerta del efecto de la impunidad de las más graves violaciones de derechos humanos, entre las que enumera concretamente varios subtipos de crímenes de lesa humanidad: “Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art.7), la ejecución sumaria y arbitraria (art.6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad”.

⁴³³ En efecto, aunque limitándose a abordar el obstáculo temporal, el artículo IV realiza una importante aportación al marco jurídico internacional de lucha contra la impunidad: “Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”.

prohibición de la impunidad ha de inferirse, de la incorporación de la obligación de extraditar o juzgar a los tratados internacionales de prohibición de graves violaciones de derechos humanos⁴³⁴.

Como detecta perspicazmente Dorado Porras, la multiplicación de instrumentos en contra de la impunidad en el seno de las Naciones Unidas es un fenómeno relativamente reciente⁴³⁵. Más allá de las motivaciones que puedan subyacer a este cambio de rumbo, previsiblemente conectadas con las violaciones masivas de derechos humanos perpetradas en el marco de los procesos de transición de dictaduras a democracias en la Ex Yugoslavia y América Latina y durante guerras civiles en África, lo cierto es que actualmente, la comunidad internacional cuenta con una batería de documentos,

⁴³⁴ En el Capítulo IV se presentará una relación exhaustiva de los tratados reguladores de crímenes internacionales que han incorporado la referida cláusula a su texto. También a nivel regional, podemos encontrar mecanismos para luchar contra la impunidad así como jurisprudencia que se ha pronunciado en este sentido. Véase, sin ánimo de exhaustividad, a nivel europeo: ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “State of human rights in Europe: the need to eradicate impunity”, Resolución 1675 (2009), adoptada el 24 de junio de 2009; COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, “Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations”, CM/Del/Dec(2011)1110, 4 de abril de 2011; sobre la obligación de realizar una investigación efectiva cuando puede haber responsabilidad del Estado o de sus agentes por la pérdida de una vida véanse las sentencias del TEDH: *Sieminska c. Polonia* (dic.), no. 37602/97, 29 de marzo de 2001; *McCann y otros c. Reino Unido*, 27 de diciembre de 1995, § 161, Series A no. 324; *Ergi c. Turquía*, 28 de julio de 1998, § 82, Reports 1998-IV. En la sentencia *Abdulsamet Yaman c. Turquía* de 2 de noviembre de 2004, no. 32446/96 (2004), TEDH 572 párr. 55, el Tribunal afirma que los delitos que involucran torturas o tratos inhumanos o degradantes ni prescriben ni pueden ser objeto de amnistía o perdón. En el ámbito africano, los Principios del Cairo de 2002 afirman la incompatibilidad del derecho internacional con las amnistías cuando se trata de graves violaciones de derechos humano. En efecto, el Principio 15 reconoce que, en el caso de concederse, la amnistía no tendrá efectos más allá de las fronteras del Estado que la conceda y que, en ningún caso, exime al Estado de su responsabilidad de extraditar o juzgar al presunto autor. Consultado el 18/10/2013. En el ámbito regional latinoamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce, en su artículo 25 el derecho a la protección judicial. También se ha pronunciado al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en el informe anual de 1985, pp. 2005 afirma que las amnistías decretadas por los propios responsables de las violaciones no podían tener validez. La CIDH además consideró contrarias a la Convención las leyes de amnistía de Argentina, Uruguay, Chile y El Salvador. (Informe 34/1991, 35/1991 y 25/1993). Por último, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueden encontrarse varios ejemplos de anulación de leyes de amnistía: *Barrios Altos c. Perú* (2001); *Almonacid c. Chile* (2006); *Julia Gómez Lund (guerrilla de Araguaia) c. Brasil* (2010); *Asunto Moiwana c. Surinam* (2005), párr. 167. *Aunto A. Goiburú y otros c. Paraguay* (2006) párr. 12. En el caso de La Cantuta, la CIDH reconoció que el Estado estaba obligado a combatir la situación de impunidad que imperaba en el caso por todos los medios disponibles, ya ésta propiciaba la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares. *La Cantuta c. Perú* (2006). Véase también, como *soft law* en el ámbito americano la Resolución sobre el derecho a la verdad de 6 de junio de 2006, Res. 2175, XXXVI, 0/06.

⁴³⁵ DORADO PORRAS, J., “Justicia transicional, persecución penal. *op. cit.*”, pp. 82. En efecto, este autor evidencia un marcado cambio de opinión en el seno de esta organización que, en 1983 encargaba estudios acerca del papel que las leyes de amnistía podrían tener en la salvaguarda y la promoción de los derechos humanos, pasando en 1991 a encargarle al mismo jurista (Louis Joinet) “otro estudio en el que se analice como las amnistías, en lugar de contribuir a la promoción de los derechos humanos, pueden ser un obstáculo para la lucha contra la impunidad”.

principios y resoluciones que abogan por la justicia penal condenando rotundamente la impunidad en cualquiera de sus manifestaciones.

Así, por ejemplo, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a obtener recursos y a obtener reparaciones⁴³⁶”, incorporan, desde 2005, un precepto reconocedor de la obligación de juzgar a los presuntos responsables de crímenes internacionales, tanto desde las obligaciones que vinculan al Estado (“4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas (...)”⁴³⁷), como desde el reconocimiento de los derechos de las víctimas a acceder a un recurso efectivo (“11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de las víctimas: a. Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación (...)”⁴³⁸).

En el caso de los Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad de 2005, el artículo 21 recomienda a todos los Estados que se incluya, en todos los documentos internacionales de Derechos Humanos y que se refieren a crímenes graves conforme al DI, una cláusula de competencia

⁴³⁶ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Documento NU E/CN.4/2005/L.10/Add. 11 de 19 de abril de 2005.

⁴³⁷ *Id.* párr. 4, Sección III. Cursivas añadidas. La referencia en el Preámbulo de estos Principios a la obligación de juzgar como mecanismo de lucha contra la impunidad y posibilitador de la aplicación efectiva del principio de complementariedad: “Recordando que el derecho internacional contiene la obligación de enjuiciar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales conforme a las obligaciones internacionales de los Estados y a los requisitos del derecho interno o conforme a lo dispuesto en los estatutos aplicables de los órganos judiciales internacionales, y que la obligación de enjuiciar refuerza las obligaciones jurídicas internacionales que deben cumplirse de conformidad con los requisitos y procedimientos jurídicos nacionales y favorece el concepto de complementariedad (...)”.

⁴³⁸ *Id.* párr. 11, Sección VII.

universal aplicable a esos delitos. Aunque la claridad de este artículo impide que surjan dudas acerca del reconocimiento de este principio, los términos en los que se fórmula la segunda parte de este precepto nos sugieren que también se está recomendando la inclusión del reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar. Así, la segunda parte de este artículo reza como sigue: “Los Estados deberán garantizar que cumplen plenamente todas las obligaciones jurídicas que han asumido para iniciar procesos penales contra las personas respecto de las cuales hay pruebas fidedignas de responsabilidad individual por delitos graves por Derecho Internacional si no extraditan a los sospechosos o los transfieren para ser juzgados ante un Tribunal internacional o internacionalizado⁴³⁹”.

En este caso, la expresión utilizada por la Comisión de Derechos Humanos parece albergar el reconocimiento del *aut dedere aut judicare* en los términos de triple alternativa planteada por el Relator especial para este tema, a la que se aludirá en el Capítulo III de esta tesis⁴⁴⁰.

Además, en mayo de 2012, el mandato del Relator Especial para la Promoción de la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, creado por el Consejo de Derechos Humanos mediante la resolución 18/7 comenzó a funcionar, tras el nombramiento del nuevo Relator, Pablo de Greiff. En su primer informe, reconoce que la persecución penal es uno de los cuatro componentes de su mandato: “El Relator Especial considera que los cuatro componentes del mandato, a saber la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, constituyen una serie de áreas de acción interrelacionadas que pueden reforzarse mutuamente en el proceso de subsanar

⁴³⁹ Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principio 21, p.13. Estos Principios habían sido aprobados inicialmente en 1997, actualizándose en el 2005.

⁴⁴⁰ Otros instrumentos de soft law que incorporan el reconocimiento de este principio son: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías”, Naciones Unidas, 2009. Disponible aquí; las siguientes resoluciones de Naciones Unidas: SubComisión de Derechos Humanos, Res. 2000/24, Rol de la competencia extraterritorial o universal en la acción preventiva contra la impunidad 18 de agosto de 2000, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/24; Comisión de Derechos Humanos, res. 2000/68, Impunidad, 26 April 2000. E/CN.4/RES/2000/68; Comisión de Derechos Humanos, res. 2000/70, Impunidad, 25 de abril de 2001, E/CN.4/RES/2000/70 (tomando nota de la Subcomisión, res. 2000/24); Subcomisión en la Prevención de Discriminación y Protección de Minorías. La Administración de Justicia y los Derechos Humanos del Detenido, la cuestión de la impunidad de los responsables de violaciones de derechos humanos. (Civiles y Políticos) informe final revisado preparado por Mr. Joinet en el marco de la SubComisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, y Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/62.

las secuelas del abuso y la vulneración masivos de los derechos humanos⁴⁴¹”. En efecto, a pesar de que no alude explícitamente en este primer informe a la lucha contra la impunidad, no parece que el reconocimiento de la justicia o vía judicial como componente esencial del mandato sea compatible con la misma.

4.3. Amnistías y asilos como desafíos a la efectividad de esta herramienta

4.3.1. Amnistías

El complejo y antiguo debate sobre la fundamentación y legitimidad del instituto de la amnistía excede, con creces, el ámbito de este trabajo⁴⁴².

No obstante, es preciso reconocer que se trata de una figura que, aunque polémica, ha estado muy presente en el ámbito de las relaciones internacionales del siglo XX⁴⁴³. El Comité de Derechos Humanos en su Observación 20, califica las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos como incompatibles con el Pacto⁴⁴⁴.

Las construcciones jurídicas que han pretendido fundamentar las distintas concepciones de la legalidad o legitimidad de esta figura son variadas. En algunos casos, se ha argumentado que el principio de legalidad (leyes internas de amnistía) puede ser y ha sido neutralizado por un principio de seguridad jurídica internacional, el principio de la identidad o continuidad del Estado, cuya esencia es descrita por el profesor Chinchón en los siguientes términos: “(...) el Estado continúa siendo el mismo, a los efectos del ordenamiento jurídico internacional, cualquiera que sea el cambio o cambios ocurridos en su organización interna. En consecuencia, toda alteración que pueda acaecer en la

⁴⁴¹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff de 9 de agosto de 2012, Documento NU A/HRC/21/46, párr. 21.

⁴⁴² Algunos tratamientos de esta cuestión pueden consultarse en: PENKSY, M., “Amnesty on Trial: Impunity, Accountability... *op. cit.*;

⁴⁴³ Menciónense a modo de ejemplo las leyes argentinas de “Punto Final” de 23 de diciembre de 1986 y de “Obediencia Debida” de 8 de junio de 1987. Para un análisis minucioso de las leyes de amnistía e indultos dictados en Argentina tras la caída del último gobierno militar, véase OLLÉ SESE, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 287-305.

⁴⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General 20 al artículo 7 del PIDCP, reemplaza a la Observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas cruels (art. 7), 44º período de sesiones, 1992, párr. 15.

organización política de un Estado, siempre y cuando no afecte a la condición internacional de éste, será simple y llanamente irrelevante en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a terceros⁴⁴⁵. En este mismo sentido se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto Velásquez Rodríguez, que entiende que el principio de continuidad del Estado es aplicable en la medida en que la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno⁴⁴⁶.

En otros casos, la doctrina, desde una óptica más pragmática que fundamentadora, ha planteado dejar sin validez las leyes domésticas de amnistías mediante el recurso a la jurisdicción extraterritorial, evidenciando la posibilidad de juzgar a los presuntos responsables de crímenes internacionales a través de terceros Estados⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Justicia transicional: “Memoria Histórica”, y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 4, enero/abril 2009, p. 53. Así, este autor argumenta que la Ley de Amnistía de 1977 violaba la obligación de perseguir penalmente que se infiere de los artículos 2.1 y 2.3 del PIDCP, ya en vigor en el momento de la promulgación de la Ley. Gil Gil enriquece este encendido debate apoyándose en un pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que niega la violación de este artículo cuando los hechos se hubieran producido antes de la entrada en vigor del texto convencional. GIL GIL, A., “Justicia transicional en España” en *Justicia...* op. cit. pp. 164-165: “Así pues, para el CDH no hay violación del artículo 2.3 PIDH en el caso español, pues, aunque la amnistía es posterior a la adhesión de España al Pacto, las violaciones de derechos humanos que darían origen al nacimiento de la obligación del artículo 2.3. son anteriores a él, por lo que al no poder afirmarse que las mismas constituyen una violación del Pacto, tampoco el no poner a disposición de la víctima un recurso judicial efectivo por ellas lo es”. Deja sin embargo esta autora una puerta abierta, o más bien una rendija mediante la referencia a la costumbre internacional: “La única opción es afirmar la existencia de una obligación de perseguir penalmente determinados delitos (torturas, ejecuciones extrajudiciales, etc.) que prohibiría las amnistías, como norma consuetudinaria de *ius cogens* anterior a 1977, para lo que nos faltaría una práctica de los Estados que es inexistente, e incluso una *opinio iuris* que tampoco creo que pueda constatare”. No obstante, ante la postura mantenida por el TS en el caso Scilingo, en el que niega tajantemente la aplicación directa del derecho consuetudinario por parte de los tribunales españoles a menos que exista una previa transposición al derecho interno, tampoco está claro que, la demostración de la naturaleza consuetudinaria de dicha obligación sirviera de algo. En este sentido, Fernández Liesa advierte que “sería conveniente que se pronunciase en un futuro el Tribunal Constitucional español, que podría corregir esta posición en un sentido más abierto a la evolución del Derecho Internacional, teniendo en cuenta la apertura al mundo con el que se elaboró la Constitución”. FERNANDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...* op. cit. pp. 360.

⁴⁴⁶ CIDH, caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 184.

⁴⁴⁷ GIL GIL, A., “Justicia transicional en España” en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, coord. Por Josep Tamarit Sumalla, Atelier, Barcelona, 2010, pp.164: “La ley española de amnistía no sería por supuesto un obstáculo para la persecución por tribunales de otro país, en ejercicio de la jurisdicción universal, de los crímenes *que en el momento de su comisión fueran tipificados como delitos internacionales* y que no hubieran prescrito conforme a la legislación del país que persigue, como no lo fueron tampoco las leyes de punto final y obediencia debida para la persecución seguida por la AN española”. Cursiva original. En relación a los crímenes cometidos durante la Guerra Civil, esta autora sostiene que “no es posible afirmar su carácter delictivo conforme al Derecho Penal Internacional”, en tanto que el mismo “se desarrolló con posterioridad”. (pp. 166) De esta misma opinión es el Profesor

También hallamos entre la doctrina autores que defienden las ventajas de esta figura, la idoneidad de su aplicación en determinadas circunstancias y su conformidad con el Derecho Internacional⁴⁴⁸.

Fernández Liesa. FERNÁNDEZ LIESA, C., “Aspectos jurídico-humanitarios de la guerra civil española” en *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia* / coord. por Antoni Pigrau i Solé, Andreu Olesti Rayo, Vol. 1, 2009 (El derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo), pp. 205-232, pp. 206-207: “Los principios *tempus regit actum*, de legalidad y de no retroactividad no permiten aplicar retroactivamente el crimen de genocidio o de los crímenes contra la humanidad a esa situación, como tampoco el posterior derecho internacional de los derechos humanos, o el Derecho humanitario de los convenios de 1949, 54 y de los protocolos del 77”. En el ámbito de la CPI, autores como Olásolo reconocen que no es posible determinar si el Estatuto de Roma prohíbe o por el contrario, permite las leyes de amnistía. OLÁSULO, H., Reflexiones sobre el principio de complementariedad...*op. cit.*, pp. 66: “(...) lo cierto es que los arts. 15.3 y 4 y 53.1 (c) ER y la regla 48 RPP, atribuyen a los órganos competentes de la CPI una amplísima discrecionalidad no reglada que les permite rechazar la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI sobre una cierta “situación” de crisis porque con respecto de la misma se ha dictado una ley de amnistía (...). En otras palabras, debido a la reducción del nivel de compromiso político asumido por los Estados Parte en el ER, es imposible saber en la actualidad si el ER prohíbe las leyes de amnistía en cuanto que uno de los principales instrumentos a través de los cuales se genera y se transmite el virus de la impunidad que la CPI está encargada de extirpar, o, si por el contrario, el ER legitima todas o sólo algunos tipos de leyes de amnistía”.

⁴⁴⁸ GARKAWE, S. “The South African Truth and Reconciliation Commission: A Suitable model to enhance the Role and Rights of the victims of Gross Violations of Human Rights”, *Melbourne University Law Review*, vol. 27, 2003, pp. 334-380. Este autor argumenta que existen dos situaciones en las que el deber de enjuiciar puede quedar derogado: cuando la celebración del juicio penal implicaría un riesgo para la estabilidad del Estado y cuando la situación en la que se encuentra el sistema judicial hace del enjuiciamiento una tarea “objetivamente inasumible para el Estado”. Nos surge inmediatamente la pregunta a la que se intentará dar respuesta a lo largo de esta tesis: En estos casos, ¿tiene entonces el Estado la obligación de extraditar? pp. 341-342: “A number of commentators assert that a state’s international duty to prosecute -if, in fact, there is one- can be overridden or derogated from in two circumstances. The first of these circumstances is where the stability of a state would be threatened by the conduct of criminal trials. While this criterion is, like many international legal doctrines, clearly open to abuse by states that are looking for an excuse not to prosecute, it is clear that international law allows a state to derogate from its international obligations where these circumstances are clearly present. For example, in *Lawless v Ireland (Merits)*, the European Court of Human Rights stated that if ‘an exceptional situation of crisis or emergency [exists] which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community’, then that state’s international legal obligations may be derogated from. (...) The second circumstance in which an alleged international legal duty to prosecute may be derogated from is where, owing to the condition of its criminal justice system, the state is ‘objectively unable to prosecute those responsible for human rights violations.’ This is based on the well-established rule of international law that treaties should not be interpreted to impose impossible obligations on states. At the time of transition, the South African criminal justice system, although deeply rooted in both Roman-Dutch law and English common law traditions, was seen by many as not only dysfunctional but, more importantly, as being incapable of delivering justice due to its corruption under apartheid. The paucity of criminal prosecutions of perpetrators of gross human rights violations who did not apply for, or who were not successful in, their amnesty applications, and the difficulties that attended these prosecutions, is testimony to the truth of this perception”. Sobre la potencial caracterización de la amnistía como “mal menor”, “cuando haya pruebas certeras de que (...) los juicios suponen un peligro real para estos valores (paz y mantenimiento del orden democrático)”, véase DORADO PORRAS, J., “Justicia transicional, persecución penal...*op. cit.*, pp. 90 y ss. Este autor también desarrolla la interesante propuesta de las “amnistías condicionadas” como mecanismos que, enmarcados en un proceso de justicia transicional “pueden ofrecer métodos alternativos de cumplir con las obligaciones de los Estados bajo el Derecho Internacional”(pp. 91), siempre que se cumplan las denominadas por el autor “condiciones de legitimidad”. A partir de la página 99, el autor esgrime los argumentos en los que apoya la defensa de la legalidad internacional de esta figura, que pueden ser resumidos en 1. Falta de prohibición expresa de la

Dejando al margen la cuestión de España, sobre la que no existe acuerdo alguno ni a nivel doctrinal ni a nivel institucional, se recogen, en el cuadro a continuación, los numerosos países que, durante la segunda mitad del s. XX han promulgado leyes de amnistías⁴⁴⁹.



Figura 2. Estados que han promulgado leyes de amnistía durante los últimos 30 años

amnistía en el derecho internacional convencional; 2. Reconocimiento y fomento de las mismas en el artículo 6.5. del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra y 3. Posible interpretación de que el Estatuto de Roma “no prescribe estrictamente una política de tolerancia cero con respecto de las amnistías”. Sobre los diferentes tipos de amnistia y su carácter beneficioso o perjudicial para los procesos de transición democrática véase, BURKE-WHITE, W.W, Reframing impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation, *Harvard International Law Journal* 42, pp. 467, 2001.

⁴⁴⁹ Para profundizar sobre esta cuestión, acúdase al completo trabajo de Mallinder. MALLINDER, L., *Fighting impunity and promoting international justice*, European Initiative for Democracy and Human Rights: Promoting Justice and the Rule of Law, “Global comparison of amnesty laws” (borrador), ISISC, 2008.

4.3.2. La “Alternativa Napoleónica”⁴⁵⁰,

Los negociadores de paz han bautizado el recurso al exilio y el asilo en un país extranjero como vía para lograr el cambio de régimen la “Alternativa Napoleónica”, en referencia al tratamiento recibido por Napoleón Bonaparte que, después de su derrota frente a parte de la Séptima Coalición (alianza militar de las potencias europeas contra Napoleón I) en Waterloo en 1815, se exilió a la isla de Santa Helena, territorio de ultramar del Reino Unido, evitando así su enjuiciamiento y ejecución.

Más recientemente, varios dictadores han corrido la misma suerte, y han sido recibidos en paraísos de impunidad a cambio de su renuncia al poder. Entre otros, cabe citar a Ferdinand Marcos, que huyó de Filipinas para refugiarse en Hawai; Baby Doc Duvalier, ex dictador de Haití, que pasó 25 años exiliado en Francia antes de volver en el año 2011 a Haití, donde en este momento se enfrenta a un juicio por crímenes contra la humanidad perpetrados durante su mandato, entre 1971 y 1986⁴⁵¹. Otro haitiano, el general Raoul Cedrás huyó a Panamá después de ser expulsado del poder, al que había accedido mediante un golpe de Estado en 1991, derrocando al entonces Presidente electo, Jean-Bertrand Aristide⁴⁵². Mengistu Haile Miriam huyó de Etiopía en 1991, tras diecisiete años en el poder, para refugiarse en Zimbawe, donde permanece, protegido por el gobierno de este país que se niega a extraditarle. Desde el 11 de enero de 2007 pesa sobre él una condena a cadena perpetua dictada por el Tribunal Federal Superior de Etiopía por delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y daños corporales⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Véase LARSAEUS, N., “The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection. The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, 2004, pp. 69 a 97. En particular ver el apartado 3. “Aut dedere aut Judicare- Solving the Issue of Impunity?” En este apartado, el autor aborda la interesantísima cuestión del vacío jurídico existente en relación a la cláusula de exclusión del asilo o refugio para los presuntos autores de crímenes y la interacción con la obligación de extraditar o juzgar.

⁴⁵¹ “Ancien président à vie d’Haïti, Jean-Claude Duvalier comparaît devant ses juges et ses victimes”, 01/03/2013, www.lemonde.fr. Consultado el 28/04/2013

⁴⁵² Exilio dirigido por la administración Clinton de Estados Unidos que tras amenazar con invadir el país, logró que Cedras dimitiera y se exiliara en Panamá. Véase “El general golpista Raoul Cedras abandona Haití y se asila en Panamá con su familia”, *El País* (archivo), 14 de octubre de 1994, Consultado el 28/04/2013

⁴⁵³ Para profundizar sobre esta cuestión, es de necesaria consulta el único trabajo monográfico sobre este caso, cuya contribución es especialmente valiosa en tanto que el sistema judicial etíope no cuenta con un boletín oficial en el que pueda consultarse esta sentencia, precursora en tanto que fue el primer caso en el que un régimen entero fue juzgado por las atrocidades cometidas durante el tiempo que sus responsables

Idi Amin, ex dictador ugandés⁴⁵⁴, fue acogido por Arabia Saudí, donde permaneció durante 23 años, hasta su muerte en 2003 y Charles Taylor también estuvo exiliado en Nigeria durante casi 3 años antes de ser juzgado y condenado por el Tribunal Especial para Sierra Leona, situado en la Haya⁴⁵⁵. El caso Pinochet, aunque con algunas matizaciones, también podría encuadrarse dentro de este grupo. En este supuesto, fue el Reino Unido el Estado que denegó la solicitud de extradición emitida por el juez español, Baltasar Garzón, por razones médicas. Como es bien sabido, Pinochet posteriormente regresó a Chile donde, tras varios intentos de juzgarle y de retirarle la inmunidad de la que disfrutaba, murió antes de que esto se lograra⁴⁵⁶.

(comúnmente conocido como “El Terror Rojo”) estuvieron en el poder. KEBEDE TIBA, F., “The Mengistu Genocide Trial in Ethiopia, Notes and Comments”, *Journal of International Criminal Justice* núm. 5, 2007, p.513. 25 de los 55 acusados fueron condenados, Tanto él como otros 11 miembros del organismo ejecutivo de la dictadura que gobernó Etiopía durante 17 años (régimen conocido por “el terror rojo”), han sido procesados por delitos de genocidio, homicidio, encarcelamiento ilegal y confiscación ilegal de la propiedad privada en un procedimiento que ha durado doce años. Mengistu ha sido hallado culpable de genocidio y condenado a cadena perpetua. Acúdase al Capítulo IV para mayor desarrollo de este caso.

⁴⁵⁴ El número exacto de muertes durante su mandato (1971-1979) es desconocido. No obstante, la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra estima que la cifra está entre 80.000 y 300.000. Otras estimaciones, realizadas por organizaciones de exiliados con la ayuda de Amnistía Internacional elevan la cifra de muertos a 500.000.

⁴⁵⁵ Tribunal Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Charles Ghankay Taylor. Información y documentos del caso. Disponible aquí. Consultado el 28/04/2013.

⁴⁵⁶ Para profundizar sobre el caso Pinochet, véase GARCÍA ARÁN, M; LÓPEZ GARRIDO, D., “Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Además de todos los anteriores, pueden traerse a colación los casos del ex Presidente haitiano, Raúl Cedrás, exiliado en Panamá, el de Charles Taylor, ex presidente de Liberia que disfrutó durante dos años de un tranquilo exilio en Nigeria hasta que este país decidió extraditarlo para que fuera juzgado por el Tribunal Especial para Sierra Leona, el caso de Amin, ex Presidente de Uganda que pasó más de 30 años exiliado en Arabia Saudí, estuvo años en Nigeria exiliado y amnistiado. En otras ocasiones, las ofertas de exilio no han sido aceptadas por los mandatarios. Así, Sadam Hussein recibió una oferta de George Bush para exiliarse en Bahrein, que evidentemente rechazó. Tampoco Gadafi aceptó la oferta del Reino Unido de exiliarse para poner fin a los bombardeos que siguieron a la primavera árabe. En el caso de la masacre que lleva dos años perpetrándose en Siria, el aún Presidente Asad ha rechazado la oferta de Rusia de exiliarse en este país y posibilitar una transición pacífica.

4.3.3. Otras amenazas: la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado. Evolución.

Si partimos de la clarificadora sistematización propuesta por el profesor Fernández Liesa, que distingue entre la inmunidad del Estado (de jurisdicción o ejecución)⁴⁵⁷, la inmunidad del Jefe de Estado y la inmunidad diplomática y consular, resulta evidente que, a la luz de la perspectiva doméstica desde la que se aborda el ejercicio de la jurisdicción para el crimen de lesa humanidad en este trabajo, es la segunda categoría la que nos interesa, en tanto que puede suponer un obstáculo a la apertura del proceso penal⁴⁵⁸.

En el asunto de la Orden de Detención de 11 de abril de 2000, la CIJ reconoció la inmunidad de jurisdicción al Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdoulaye Yerodia, acusado de crímenes de lesa humanidad por haber pronunciado en 1998 un discurso público incitando al odio racial⁴⁵⁹. Para ello esgrimió un razonamiento jurídico basado en la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario en el que este principio (inmunidad de jurisdicción), según la Corte, había cristalizado. La sentencia fue objeto de importantes críticas, tanto desde dentro mediante las opiniones disidentes de algunos de sus componentes, como la de la jueza Van Wyngert o el juez Al-Khasawneh, como desde fuera. En efecto, la doctrina ya en esta época parecía estar de acuerdo en reconocer que la inmunidad *ratinae materiae* (esto es, por razón de funciones oficiales) no se aplicaba a los crímenes internacionales⁴⁶⁰. El problema, tal y como pone de manifiesto Fernández Liesa, es

⁴⁵⁷ Sobre esta cuestión, véase el análisis del asunto de las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia, Grecia interviniente) en el Capítulo IV de esta tesis.

⁴⁵⁸ Esto no ocurre, por ejemplo, en el marco de la Corte Penal Internacional, que no distingue, a efectos de inmunidad entre Jefes y exJefes de Estado, teniendo siempre competencia para ejercer su jurisdicción. Véase, como ejemplos prácticos de lo afirmado, la orden de arresto dictada contra Omar al Bashir, Presidente de Sudán o contra Muamar Gadafi, antes de ser asesinado. Sobre esto y sobre la referida clasificación, véase FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...op. cit.* pp. 351-354.

⁴⁵⁹ Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002.

⁴⁶⁰ BIANCHI, A., "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *EJIL*, vol. 10 (1999), 237-277, pp. 270-276; ABELLÁN HONRUBIA, V., "La responsabilité internationale de l'individu", *R. des C.*, vol. 280, 1999, pp. 35-428, pp. 220-330; JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Justicia Universal e Inmunidades estatales: Justicia o Impunidad: ¿una encrucijada dualista para el derecho internacional?", *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 18, 2002, pp. 63-124. Este autor, además critica duramente el referido

determinar si nos encontramos frente a un acto soberano de Estado o a un acto realizado a título privado⁴⁶¹. Diez años más tarde, la CIJ ha vuelto a ratificar el alcance limitado y temporal de la inmunidad de Jefe de Estado (que opera mientras los imputados desempeñan un cargo que la lleva aneja) en el asunto de la obligación de extraditar o juzgar entre Senegal y Bélgica, donde, como se analizará en profundidad en el Capítulo VII, ha dictaminado que Senegal tiene la obligación de extraditar o juzgar al Ex Presidente de Chad, Hissène Habré, con el fin de que sea juzgado por los crímenes cometidos durante su mandato. Varias han sido las razones que se encuentra en la base de esta postura:

- a. La inmunidad de los jefes de Estado debe replegarse ante la naturaleza de *ius cogens* de las prohibiciones de los más graves crímenes internacionales⁴⁶².
- b. La comisión de estos crímenes internacionales no puede considerarse como actos subsumibles dentro de las funciones de un funcionario/agente u autoridad oficial y por ende, no pueden ser cubiertos por la inmunidad *rationae materiae*⁴⁶³.

dictamen del TIJ: “Para la ensimismada Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia internacional penal existente resulta irrelevante, pues mediante un sedicente dualismo y una interpretación “antisistemática y miope”, que resume en un escueto y único párrafo, desestima las reglas sobre la improcedencia del cargo oficial declaradas en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales, pues no considera que posean un valor jurídico más allá del que le reconocen dichos instrumentos internacionales ante la jurisdicción internacional, desposeyéndoles de la consideración de regla consuetudinaria oponible a las jurisdicciones nacionales, y desecha de forma insólita la motivación y razonamiento de la jurisprudencia de los Tribunales de Nuremberg y Tokio así como la emanada del Tribunal para la antigua Yugoslavia arguyendo que ninguna de sus decisiones se habían referido al tema de las inmunidades del Ministro de Asuntos exteriores en ejercicio”. (pp. 111-112). Más favorable hacia la sentencia del TIJ en el caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000, que considera ajustada a derecho, se muestra Jaime Ferrer Lloret. FERRER LLORET, J., “Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción: la sentencia del tribunal internacional de justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 18, 2002, pp. 205-346, pp. 334: “(...) la constatación de que el MAE en activo disfruta de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción absoluta ante los tribunales internos de terceros Estados resulta conforme con la práctica de los Estados, expresión del Derecho internacional consuetudinario en vigor”. El internacionalista aborda en este trabajo no solo el contenido de la sentencia sino aquellas opiniones disidentes de los magistrados que presentan elaboradas y coherentes argumentaciones en contra del reconocimiento de inmunidad de jurisdicción al entonces Ministro de Asuntos Exteriores, Yerodia (pp. 331-333). Autores como Zappala han defendido la inmunidad de ejecución (que no de jurisdicción) solo durante el período en el que el mandatario ostenta el cargo oficial en aras del respeto al estatus de igualdad jurídica entre Estados soberanos. ZAPPALÁ, S., “Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for International crimes? The Ghaddafi case before the French Cour de Cassation”, *EJIL*, vol. 3, 2001, pp. 595-612.

⁴⁶¹ FERNANDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...op. cit.* pp. 353.

⁴⁶² Ver, por ejemplo, los párrafos 7 y 28, respectivamente de las opiniones disidentes de los jueces Al-Khasawneh y Van den Wyngaert en el caso de la Orden de Arresto. TIJ, Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), 2002.

c. Las razones que justifican la inmunidad no se aplican en el caso de los crímenes internacionales en tanto que aplicar la inmunidad a crímenes internacionales sería rechazar el principio de que la posición oficial de un individuo no le exime de responsabilidad individual para crímenes internacionales⁴⁶⁴.

En un minucioso estudio acerca de la evolución de la inmunidad de jurisdicción, Jiménez García sostiene que “En cuanto a los crímenes contra la humanidad, el Derecho Internacional general sí que establece una serie de límites a las inmunidades de jurisdicción de los Estados cuyo no reconocimiento supondría, por parte del órgano jurisdiccional competente, la adopción de una decisión no sólo arbitraria e irrazonable, sino directamente contraria al Derecho internacional y negadora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁴⁶⁵”. Para fundamentar esta afirmación se remonta a la positivación de la improcedencia de la inmunidad en el Principio III de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg⁴⁶⁶, para después continuar con un recorrido por los instrumentos convencionales, la jurisprudencia y el estatuto de los tribunales penales internacionales *ad hoc* que se hubiesen pronunciado en el mismo sentido⁴⁶⁷.

⁴⁶³ WIRTH, S., Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgement in the Congo v. Belgium Case, *EJIL*, vol. 13, 2002, p. 877, p. 890; BIANCHI, A., “Immunity versus Human Rights...op. cit., pp. 260-261.

⁴⁶⁴ AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *Journal of International Criminal Justice*, núm. 1, 2003, pp. 618-650, p. 639.

⁴⁶⁵ JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia Universal e Inmunidades estatales...op. cit., pp. 104-105.

⁴⁶⁶ Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950, aunque previa y genéricamente habían sido confirmados por la Asamblea General en su resolución de 11 de diciembre de 1946. Este documento puede consultarse en “Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368, 13 abril de 1983. El referido Principio III afirma que “el hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional”.

⁴⁶⁷ *Id.*, JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia Universal e Inmunidades estatales...op. cit., pp. 107-108. Entre otros, el autor menciona el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, cuyo artículo 7 reza como sigue: “The official position of an individual who commits a crime against the peace and security of mankind, even if he acted as head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility or mitigate punishment”. Remiro Brotons pone de manifiesto que, sin embargo, “incluso los tribunales internacionales encuentran límites para su acción, pues no pueden forzar el deber de cooperación con los Estados para entregar a una persona si hacerlo es incompatible con sus obligaciones al respecto”. REMIRO BROTONS, A. et al., *Derecho Internacional...op. cit.*, pp. 1265.

Concluye este autor su trabajo, no sin antes haber abordado casos de referencia como el mencionado asunto Barrios Altos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, elogiando el trabajo de los tribunales domésticos en el enjuicimiento de los crímenes internacionales, subrayando las “notorias contradicciones existentes entre la ancilar y alambicada jurisprudencia del TJI y del TEDH y la sólida y progresiva jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y de los Tribunales nacionales⁴⁶⁸”.

Sin embargo, no se trata ésta de una cuestión pacífica⁴⁶⁹. De hecho, viene siendo objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional desde el año 2006. En el último informe publicado por la Relatora Especial para el tema de la Inmunidad de Jurisdicción Penal Extranjera de los funcionarios del Estado, Concepción Escobar Hernández, propone una serie de artículos a través de los cuales dar respuesta al debate acerca del alcance del tema. Al explicar la metodología seguida, la jurista destaca los 5 criterios por los que se ha guiado en su trabajo:

- “a) El proyecto de artículos solo se refiere a la jurisdicción penal, quedando excluida la inmunidad frente a la jurisdicción civil o administrativa;
- b) El proyecto de artículos solo se refiere a la inmunidad frente a la jurisdicción penal extranjera; es decir, la ejercida por un Estado distinto del de la nacionalidad del funcionario del que se predica la inmunidad. Ha de quedar excluida, por tanto, la inmunidad que pueda otorgarse en virtud del derecho nacional del Estado del funcionario;
- c) El proyecto de artículos solo se refiere a la inmunidad frente a la jurisdicción penal interna de los Estados, quedando excluida la inmunidad frente a las jurisdicciones penales internacionales;
- d) El proyecto de artículos no se refiere a aquellas personas que estén sometidas a un régimen de inmunidad más específico, tales como los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones especiales o los agentes o

⁴⁶⁸ *Id.*, JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia Universal e Inmunidades estatales...*op. cit.*”, pp. 123.

⁴⁶⁹ Sobre la base legal de la inmunidad penal de los jefes de Estado, véase HENZELIN, M., “L’immunité pénale des chefs d’Etat en matière financière. Ver une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?”, *Revue suisse de droit international et européen (RSDIE)*, Vol. 12, 2002, pp. 179-212, p. 184. Ver apartado II y III. Disponible aquí. Consúltense también los Principios sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución del jefe de Estado y de gobierno en derecho internacional de 2001 del Instituto de Derecho Internacional. Disponible aquí.

funcionarios de una organización internacional⁴⁷⁰».

En efecto, aunque la dirección hacia la que se encamina la CDI en la configuración de este principio parece poder inferirse de los informes de la Relatora Especial, resulta de todo lo anterior que es aún pronto para sacar conclusiones definitivas acerca del alcance y contenido de este principio.

4.4. La justicia transicional⁴⁷¹

La relación entre la obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad y la justicia transicional no podía dejar de ser abordada, ya que estamos ante dos instituciones que se entrecruzan y en muchos casos, se solapan.

Con el objetivo de realizar un primer acercamiento definitivo al concepto de justicia de transición, conviene acudir al Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, que sostiene que la misma “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos⁴⁷²”.

⁴⁷⁰ Se trata de una serie de criterios que nos pueden ayudar a intuir la dirección de la “codificación” o la “cristalización” de este principio en el derecho internacional. Consúltase el texto de los principios, que parecen incorporar la posición de la CIJ de no admisión de excepciones a la inmunidad de jurisdicción frene al ejercicio por un tercer Estado de su jurisdicción penal durante el ejercicio de sus funciones. Comisión de Derecho Internacional, Segundo Informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Documento NU A/CN.4/661 de 4 de abril de 2013.

⁴⁷¹ La exhaustiva investigación acerca de los efectos y percepción de la justicia transicional en sociedades postconflicto a partir del análisis de una decena de casos de estudio, publicada por el LSE este mismo año, es un documento de obligada consulta en este ámbito. MACDONALD, A., “Local understandings and experiences of transitional justice: a review of the evidence”, The Justice and Security Research Programme, Paper 6, julio de 2013.

⁴⁷² Secretaría General de las Naciones Unidas: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Documento NU S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párr. 8. Subrayado añadido.

De la definición anterior se infiere que las NU conciben la justicia transicional como una amalgama de remedios judiciales y extrajudiciales en el que los procesos penales pueden coincidir en el tiempo (o no coincidir en absoluto) con las investigaciones y solicitud de reparaciones que resulten de la labor de las Comisiones de la Verdad. Se ha adelantado el rechazo que esta idea genera en un sector de la doctrina que considera que es necesario llevar a cabo primero el enjuiciamiento de los hechos para, una vez satisfechas las pretensiones jurídicas de las víctimas, se realice el esfuerzo de reconciliación y de escritura de la historia⁴⁷³.

No obstante, tomando como referencia la citada definición de la Secretaría General y teniendo en cuenta que el recurso judicial será objeto de estudio a lo largo de esta tesis, se abordarán brevemente, en este apartado aquellos mecanismos extrajudiciales que forman parte de la “justicia transicional”. Para evitar repetir el análisis de las Comisiones de Verdad, cuestión vastamente analizada por la doctrina española e internacional⁴⁷⁴, y temiendo que no sea este el lugar adecuado para profundizar en esta cuestión lo suficiente como para realizar una aportación relevante, este apartado se concentrará en el estudio de una figura característica de la justicia transicional que, sin embargo, ha merecido menos atención por parte de la doctrina hispano-parlante, que no internacional⁴⁷⁵: los tribunales Gacaca⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Carla del Ponte en discurso de cierre del Congreso, 2011...*op cit.* La idea de la verdad judicial como una verdad más cualificada, con los estándares de prueba de los hechos exigidos en el proceso judicial, especialmente en el penal, ha sido una de las constantes en el mundo jurídico. FRANK, J., *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton, 1949, p. 49, citado en DORADO PORRAS, J., “Justicia transicional, persecución penal...*op. cit.*”, p. 93.

⁴⁷⁴ Las Comisiones de Verdad pueden ser definidas como “órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Documento NU S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párr. 50. En 2004, las Comisiones de esta índole creadas superaban las 30. Entre ellas, cabe destacar las de Argentina, Chile, Sudáfrica, Perú, Ghana, Marruecos, El Salvador, Guatemala, Timor-Leste y Sierra Leona. Para profundizar en las comisiones de verdad, véase TAMARIT SUMALLA, J., Justicia Penal, Justicia Reparadora y Comisiones de la Verdad, en Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal, coord. Por Josep Tamarit Sumalla, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 45-69.

⁴⁷⁵ RETTIG, M., “Gacaca: Truth, Justice, and Reconciliation in Postconflict Rwanda?” *African Studies Review*, núm. 51(3), 2008, pp. 25-50; KIRKBY, C., “Rwanda’s Gacaca Courts: a Preliminary Critique”, *Journal of African Law*, vol. 50, núm. 2, 2006, pp. 94-117; LAHIRI, K., “Rwanda’s Gacaca Courts a Possible Model for Local Justice in International Crime”, *International Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 2, 2009; FIERENS, J., “Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm.4, sept. 2005, pp. 896-919; SCHABAS, W., “Genocide Trials and Gacaca Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm. 4, sept. 2005, pp. 879-895; SARKIN, J., “Tension between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with Genocide”, *Journal of African Law*, vol.45, núm. 2, 2001, pp.

Los tribunales Gacaca se establecieron en Ruanda en 2002 como respuesta a la incapacidad del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de los tribunales penales de este país para conocer de todos los casos resultantes de un genocidio de estas dimensiones. Así, se opta por instaurar formalmente, mediante la Ley Orgánica de establecimiento de las Jurisdicciones Gacaca de 30 de enero de 2000⁴⁷⁷, un sistema de justicia local que venía aplicándose en esta zona de manera tradicional. Se trata de una práctica que ha generado grandes críticas⁴⁷⁸. Estos tribunales, que han ejercido su actividad durante 10 años (hasta el 18 de junio de 2012), han conocido de millones de casos⁴⁷⁹.

Para comprender la naturaleza de estos tribunales es preciso referirse al contexto en el que se decidió acudir a ellos para aliviar la carga tanto del TPIR como de los tribunales domésticos ruandeses. Así, en los meses posteriores al genocidio ruandés, a lo largo de todo el país, unos 120.000 sospechosos de genocidio, mayoritariamente hutus, fueron encerrados en cárceles, cuya capacidad era de 45.000 personas. A ello es preciso añadir que el sistema judicial ruandés, ya debilitado antes de 1994, estaba completamente destruido. Las estructuras habían sido derruidas y muchos abogados y jueces que no

143-172, por citar solo unos cuantos ejemplos de trabajos publicados sobre esta cuestión.

⁴⁷⁶ En efecto, entre los escasos trabajos publicados en España sobre esta cuestión, cítese: CAPELLA I ROIG, M., “Jurisdicciones Gacaca: una solución local al genocidio ruandés”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. 2, 2004.

⁴⁷⁷ En 2004, mediante la la Ley Orgánica 16/2004 de 19 de junio de 2004 se incorporaron algunas modificaciones: se redujo el número de niveles jurisdiccionales y el número de jueces requeridos para llevar un procedimiento gacaca, se establecieron penas fijas para los individuos culpables de dañar o amenazar a jueces o testigos en crímenes relacionados con el genocidio y se permitió a las víctimas de crímenes sexuales testificar solo ante un juez de su elección o ante el Fiscal. Loi organique n° 16/2004 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions gacaca chargées des poursuites et du jugement des infractions constitutives du crime de génocide et d'autres crimes contre l'humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994, publicada el 19 de junio de 2004. Consultada el 17/10/2013. Esta ley fue modificada y complementada en 2006 por la Ley Orgánica 28/2006. Organic Law N° 28/2006 of 27/06/2006 Modifying and Complementing Organic Law N° 16/2004 of 19/06/2004 Establishing the Organisation, Competence and Functioning of Gacaca Courts Charged With Prosecuting and Trying the Perpetrators of the Crime of Genocide and Other Crimes Against Humanity, Committed Between October 1, 1990 and December 31, 1994 [Rwanda], de 27 de junio de 2006. Consultado el 17/10/2013.

⁴⁷⁸ Human Rights Watch, “Justice Compromised, The Legacy of Rwanda’s Community-Based Gacaca Courts”, Report, 31 de mayo de 2011.

⁴⁷⁹ CLARK, P., “How Rwanda judged its genocide”, African Research Institute, abril 2012. Disponible aquí.

habían sido asesinados, habían huido del país⁴⁸⁰. Así, como respuesta a esta situación insostenible, el gobierno de Ruanda instauró los tribunales Gacaca en 2001 para juzgar a aquellos sospechosos de genocidio de rango bajo, la mayoría de los cuales llevaban ya una década en prisión en las condiciones descritas⁴⁸¹. Si bien es cierto que el funcionamiento de este sistema local en Ruanda antes de la colonización de Bélgica (1919) está muy poco documentado, se sabe que no existía como institución judicial permanente sino que se basaba en leyes no escritas y funcionaba como una asamblea cuando surgía un conflicto entre las familias, especialmente en las zonas rurales⁴⁸². En 1943, la administración belga reconoció el sistema gacaca como un mecanismo judicial legítimo que coexistía con los tribunales domésticos. Esta coexistencia no se positivizó, sin embargo, en una ley. Tras años de debates acerca de la idoneidad de los tribunales gacaca para “enjuiciar” parte del genocidio ruandés, en enero de 2001 se aprueba la Ley Gacaca⁴⁸³. En octubre de este mismo año, se organizan las primeras elecciones de jueces para estos “tribunales” en todas las “cellules”⁴⁸⁴ de Ruanda. Se eligieron más de 250.000 jueces que en abril de 2002 recibieron seis días intensivos de formación jurídica. En junio de 2002 se inauguró oficialmente la experiencia piloto de los tribunales gacaca en 73 “cellules”.

Los rasgos principales de los tribunales Gacaca son:

- División de los acusados en categorías en función de la participación en los delitos de genocidio y de la gravedad de los mismos. Así, estos tribunales tienen

⁴⁸⁰ CLARK, P., “Hibridity, Holism and “traditional” justice: Gacaca Courts in Post- Genocide Rwanda”, *The George Washington International Law Review*, vol. 39, p. 777.

⁴⁸¹ Así, tal y como subraya Phil Clark, los objetivos perseguidos por el gobierno del país africano al rescatar esta figura fueron dos: reducir la población encarcelada mediante la agilización de los procedimientos y enfrentarse a los problemas surgidos en la comunidad como consecuencia del genocidio con el objetivo de reconstruir la sociedad ruandesa. *Id.* p. 777.

⁴⁸² REYNTJENS, “Le Gacaca ou la Justice du Gazon au Rwanda”, *Politique Africaine*, Dic. 1990, p. 32, citado en CLARK, P., “Hibridity, Holism and “traditional” justice...*op. cit.* p. 778. Véase esta última obra, p. 778-780 para un recorrido por la evolución de esta institución a lo largo del s. XX hasta su rescate para aplicación al genocidio ruandés.

⁴⁸³ Ley Orgánica de establecimiento de las Jurisdicciones Gacaca y Organizativa de los enjuiciamientos de crímenes de genocidio o crímenes de lesa humanidad cometidos entre el 1 de octubre de 1993 y el 31 de diciembre de 1994, n° 40/2000 de 30 de enero de 2000.

⁴⁸⁴ Unidad administrativa ruandesa que incluye los sectores, que a su vez comprenden los distritos, que componen las 5 provincias del país.

competencia para conocer de la comisión de los delitos de asesinatos y ataques graves (categoría 2) así como de los ataques contra la propiedad (categoría 3). Los organizadores, incitadores de los actos genocidas, así como los más sangrientos asesinos, los torturadores y violadores (categoría 1) serían juzgados por tribunales domésticos ruandeses o por el TPIR.

- No existe la doble instancia para los crímenes subsumibles en la categoría 2, que son enjuiciados directamente en el nivel “sector o distrito”, mientras que los crímenes de categoría 3 se procesan en primer instancia a nivel “cellule”.
- Ambos niveles de gacaca (cellule y secteur) están compuestos por una Asamblea General (en el que participan, en el ámbito cellule, todos los residentes mayores de 18 años), un banco de 9 jueces, que se abstienen de conocer del caso cuando este involucra a un familiar o a un amigo y un comité de coordinación.
- La participación de los abogados está prohibida en tanto que se ve como una amenaza al enfoque no adversario y abierto de estos tribunales.
- La vigencia de una tabla predeterminada de sentencias en función de la confesión. Los acusados pueden ver reducida su sentencia hasta la mitad si confiesan sus crímenes⁴⁸⁵.
- Los jueces, tras escuchar a las partes y a la luz de las pruebas presentadas, toman una decisión por consenso, cuando sea posible o por mayoría cuando no, sobre la culpabilidad y condena del acusado, previa comunicación a la Asamblea. Las condenas pueden combinar prisión con servicios a la comunidad.

A la luz de lo descrito, y sobre todo teniendo en cuenta el contexto en el que resurgen los tribunales Gacaca, resulta difícil emitir un juicio acerca de la “validez” de este sistema como mecanismo garantizador de la justicia y de protección de los derechos humanos sin caer en cualquiera de las dos distorsiones de la realidad que nos tientan desde el imperialismo cultural de un lado, o desde el relativismo cultural, de otro. En efecto, resulta evidente que no se respetan ciertos estándares de derechos de seguridad jurídica, como el derecho a un abogado o el derecho a la doble instancia. Más allá de la cuestión de la desprofesionalización de los jueces, la implementación de las sentencias

⁴⁸⁵ Véase la tabla de condenas en CLARK, P., “Hibridity, Holism and “traditional” justice...*op. cit.* pp. 794.

negociadas también genera ciertas dudas. Indudablemente, las posturas varían en función de si se adopta un enfoque estrictamente jurídico o un enfoque más amplio de la justicia transicional. Entre los que adoptan la primera postura, la valoración crítica de los resultados obtenidos mediante el sistema Gacaca se centra en la violación de los derechos individuales que se institucionaliza mediante este sistema⁴⁸⁶ y en los riesgos que la impunidad de los responsables de la comisión de actos genocidas puede tener en la seguridad de Ruanda⁴⁸⁷. Otra parte de la doctrina examina el fenómeno Gacaca desde un enfoque híbrido y priorizando la efectividad del mismo para alcanzar el objetivo de la reconciliación⁴⁸⁸.

Lo cierto es que para responder a la pregunta de si es posible cumplir con la obligación de extraditar o juzgar mediante el sistema Gacaca es preciso repasar el objetivo del presente trabajo de investigación, que no es otro que el de averiguar la naturaleza jurídica de la referida cláusula con el objetivo de determinar si la misma puede erigirse por un lado, como una herramienta de homogeneización y universalización de los derechos de seguridad jurídica y por otro, como un mecanismo de lucha contra la impunidad.

Partiendo de estos presupuestos y a la luz de las deficiencias que en el ámbito de los derechos humanos⁴⁸⁹ afectan a estos “tribunales”, sin dejar de cuestionar su eficacia en ámbitos extrajudiciales como la reconciliación o la aclaración de la verdad, para poder responder afirmativamente a la pregunta formulada, sería necesario reformar ciertos aspectos del funcionamiento de este sistema para adecuarlo a los estándares internacionales de derechos humanos, cuyo contenido mínimo, recogido en

⁴⁸⁶ HERRMANN, J., “A critical analysis of the transitional justice measures incorporated by rwandan gacaca and their effectiveness”, 19 *James Cook University Law Review*, 90, 2012, pp. 90-111. Esta autora también critica la impunidad que en algunos casos deriva del recurso al sistema Gacaca. ROTH, K y DES FORGES, A., “Justice or Therapy”, *Boston Review*, verano 2002.

⁴⁸⁷ COREY, A. y JOIREMAN, S., “Retributive Justice: The Gacaca Courts in Rwanda”, *African Affairs* vol. 103, 2000, p. 73.

⁴⁸⁸ CLARK, P., “Hibridity, Holism and “traditional” justice...*op. cit.* pp.803 y ss. p. 807: “(...) the dominant discourse on gacaca is severely flawed for two main reasons: first, it mistakenly views gacaca as an exclusively legal institution, analyzed solely through the legal institutions that underpin it; and second, it interprets formal, deterrent justice as the only objectie of gacaca (...)”. ; NTAMPAKA, C., “Le Gacaca Rwandais: une Justice Répressive Participative,” *Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2001, p. 211-225.

⁴⁸⁹ Otras críticas al sistema Gacaca destacan su carácter patriarcal, discriminatorio hacia la mujer y los jóvenes, así como su manipulación por parte del Estado. Véase, entre otros, WALDORF, L., “Mass justice for mass atrocity: rethinking local justice as transitional justice”, *Temple Law Review*, vol. 79, núm. 1, primavera 2006.

instrumentos como la Carta Africana de Derechos Humanos o el PIDCP, es identificable, tal y como se ha demostrado en el primer capítulo de esta tesis doctoral.

CONCLUSIÓN COMÚN A LA PRIMERA PARTE

FUNDAMENTO Y MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

Más allá de las variaciones derivadas de los distintos criterios, estándares y leyes que sean de aplicación para decidir, en cada caso, sobre la apertura de un proceso por delitos ordinarios o graves, lo que es incuestionable es que el respeto de los derechos del sospechoso sólo puede asegurarse encauzando cualquier indicio de delito hacia un procedimiento penal ante órganos jurisdiccionales vinculados por el carácter universal e irrenunciable de los derechos humanos⁴⁹⁰.

No cabe duda de que en este sentido, el primer desafío al que se enfrenta una posible obligación internacional de extraditar o juzgar es encontrar el equilibrio entre sus dos objetivos: el respeto a los derechos humanos y la lucha contra la impunidad, evitando que se sacrifique el primero en aras de la consecución del segundo.

Los primeros tres capítulos han perseguido un doble objetivo: analizar la implementación y protección real de estos derechos por parte de los órganos jurisdiccionales encargados de garantizar su efectividad, tanto a nivel internacional como a nivel nacional y evidenciar las posibles consecuencias del recurso a alternativas a la extradición oficial no reguladas y por ende, no respetuosas con los derechos humanos. Así, el fin último de esta primera parte no es otro que el de acercarnos a una de las dos razones que justifican este trabajo: la protección de los derechos de seguridad jurídica que se deriva del conocimiento, investigación y enjuiciamiento de un caso determinado por parte del Tribunal competente para ello. Por consiguiente, ha sido necesario abordar el estudio de los derechos de seguridad jurídica tanto en el marco del proceso judicial como en el marco del proceso de extradición⁴⁹¹, así como los fenómenos que, tanto a través de la práctica de los Gobiernos como de los

⁴⁹⁰ En este sentido y reconociendo el *aut dedere aut judicare* como un instrumento fundamental para ello véase European Commission Working Document, The relationship between safeguarding internal security and complying with international protection obligations and instruments, Brussels, 5 de diciembre de 2001, COM(2001) 743, párr. 13.

⁴⁹¹ En este sentido, ya desde los 90 la doctrina se refiere al establecimiento de un *standard minimum de legalidad* en materia de capturas, arrestos y detenciones como una de las funciones perseguidas por los tratados de protección de derechos humanos. VILLAGRÁN KRAMER, F., “¡Mala Captus, Bene Detentus!...*op. cit.*”, pp.32.

razonamientos jurisprudenciales en este ámbito, se han venido consolidando a lo largo del siglo XX, no siempre respetando los derechos humanos.

En relación a esta última idea, conviene referirse aquí a los cuatro puntos sobre los que se apoya la estrategia que se está llevando a cabo en la actualidad en Europa con la finalidad de erradicar el fenómeno de las entregas extraordinarias: libertad de información, persecución de estos actos a nivel jurídico-penal, fomento del recurso al principio de jurisdicción universal para la persecución de crímenes internacionales⁴⁹² y estimular también el recurso a la vía civil⁴⁹³. La erradicación de estas alarmantes alternativas ilícitas a la extradición oficial, que ponen en peligro la propia supervivencia del derecho internacional, requieren por un lado, del compromiso de los Estados, que puede ser expresado, por ejemplo, mediante la ratificación del Convenio de Harvard sobre extradición⁴⁹⁴ y por otro, de la identificación de instrumentos vinculantes en los que apoyarse para llevar a cabo esta lucha en el ámbito del Derecho Internacional.

Es en este contexto en el que puede entenderse la importancia de determinar la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar, como potencial herramienta para contribuir a la erradicación de estas alternativas a través de la institucionalización de un procedimiento oficial de extradición fundado en el reconocimiento de la obligatoriedad de este principio.

Debe subrayarse aquí, para desarrollo posterior, la siguiente idea: la relación entre la homogeneización del contenido de los derechos de seguridad jurídica en estos dos contextos y el efectivo reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar es

⁴⁹² La potencial eficacia de esta idea, que a la luz de los acontecimientos (además de los casos abiertos ante la Audiencia Nacional contra la Administración norteamericana por torturas, el Fiscal Federal alemán recibió en 2004 y 2006 dos denuncias basadas en el principio de jurisdicción universal contra el ex secretario de defensa Donald Rumsfeld y el ex director de la CIA, George Tenet y otros por crímenes de guerra contra los detenidos de Guantánamo, Irak y Afganistán. En Malasia, tanto el Ex Presidente Bush, como el Ex Vicepresidente Cheney y el ex Secretario de Defensa Rumsfeld han sido condenados in absentia por torturas) no debe ser menospreciada, se estudiará detenidamente y en comparación con la obligación de extraditar o juzgar en el Capítulo VI, como instrumentos de lucha contra la impunidad en el ámbito del crimen de lesa humanidad.

⁴⁹³ KALECK, W., "Justice and accountability in Europe..." *op. cit.*

⁴⁹⁴ Article 16. Apprehension in violation of International Law

"In exercising jurisdiction under this Convention, no State shall prosecute or punish any person who has been brought within its territory or a place subject to its authority by recourse to measures in violation of international law or international convention without first obtaining the consent of the State or States whose rights have been violated by such measures".

incuestionable. El análisis del citado principio se limita, en el marco de esta tesis, a los crímenes de lesa humanidad.

Consecuentemente, la mencionada homogeneización del contenido de los derechos de seguridad jurídica tanto a nivel regional como a nivel de Estados se convierte, hasta que no exista un Tribunal Internacional de Derechos Humanos cuyas decisiones sean vinculantes, no sólo en uno de los cimientos sobre los que debe sustentarse la obligación de extraditar o juzgar, sino en su justificación⁴⁹⁵.

Por un lado, en este primer apartado se han analizado numerosos instrumentos de protección de derechos humanos, tanto de carácter regional como internacional. Parecería lógico pensar que la proliferación de sistemas regionales e internacionales que cuentan a su vez con sus propios tribunales tendría como consecuencia el surgimiento de variaciones en la interpretación del contenido de los derechos y por ende, en diferencias en el nivel de garantía de los mismos.

Los temores que en este sentido surgieron en la doctrina en un primer momento⁴⁹⁶ se han disipado a la luz de la evolución de la jurisprudencia de estos órganos. Mediante la

⁴⁹⁵ Stephan Trechsel defiende lo que él ha denominado el “modelo piramidal” como una estrategia a largo plazo dirigida a establecer el Tribunal Internacional de los Derechos Humanos, idea que, como se ha visto en esta primera parte, cuenta con importantes detractores entre la doctrina, véase nota al pie 179. En este sentido, considera que como primer paso es necesario garantizar la expansión de los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos: “In particular, the African, American and European models ought to be followed in Asia and the Pacific region, including Australia. (...) The role of the World Court of Human Rights would be to ensure a uniform interpretation of the world human rights law”. TRECHSEL, S., “A World Court for Human Rights”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol.1, 2003, p. vi. Independientemente de la dirección que siga la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, el enfoque práctico que guía esta investigación requiere reconocer la naturaleza subsidiaria de la que ahora mismo gozan los órganos internacionales con respecto a los tribunales nacionales en el ámbito de la protección de estos derechos. Esta realidad evidencia la importancia de conseguir la referida homogeneidad en el plano nacional, tanto a nivel de contenido y alcance de los derechos como a nivel de protección efectiva. Véase CAROZZA, P., “Subsidiarity as a structural Principle of International Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, volume 97, 2003, pp.38-79. Sobre el papel que la interacción entre las esferas de derecho interno y derecho internacional están jugando en el proceso de hibridación de los principios que rigen la persecución de los crímenes internacionales, véase DELMAS-MARTY, M., “The contribution of Comparative Law to Pluralist Conception of International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003, pp. 13-25.

⁴⁹⁶ En el plano nacional: CARRILLO SALCEDO, J., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*. Tecnos, Madrid, 1995, pp.57; VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, 1994. A nivel internacional: KINGSBURY, B., *Is the proliferation of international courts and tribunals a problem?* *New York University Journal of International Law and Politics* (1999), p.679; KOSKENNIEMI, M. y LEINO P., *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp.553-579.

citación y reconocimiento mutuo, los distintos órganos de protección, internacionales y regionales, comienzan a insinuar la existencia de un acuerdo tácito acerca del contenido de los derechos de seguridad jurídica⁴⁹⁷, lo cual resulta clave de cara a consolidar la naturaleza consuetudinaria de dicho contenido, definiendo así su alcance y sus límites⁴⁹⁸.

Por todo lo anterior, debe corroborarse aquí, como punto de partida, la importancia de enfocar la homogeneización de cualquier procedimiento judicial o de extradición desde el respeto a los derechos humanos, idea defendida largamente por Zappala y que constituye la viga central sobre la que debe descansar la obligación de extraditar o juzgar.

Sin embargo, la potencial utilidad de la obligación de extraditar o juzgar, no se limita a su capacidad homogeneizadora de los derechos de seguridad jurídica en el marco del proceso de extradición y del enjuiciamiento. Potencialmente, esta cláusula es sobre todo, una potentísima herramienta a disposición de los tribunales domésticos que les abriría la puerta al protagonismo que siempre han debido tener en el ámbito de la represión de las más graves violaciones de derechos humanos. El examen de la naturaleza jurídica de este principio resulta así tan importante porque podríamos estar ante la herramienta jurídica que posibilite por fin la correcta aplicación del principio de complementariedad que inspira la jurisdicción de la CPI. Al despejar la duda de la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare*, aunque solo sea en relación a los crímenes de lesa humanidad, averiguaremos también en qué medida siguen existiendo lagunas de impunidad en el marco jurídico internacional, que posibiliten que los responsables de los más graves crímenes internacionales continúen beneficiándose de las fisuras de un sistema imperfecto para no responder por los delitos cometidos, con las consecuencias que ello tiene sobre las sociedades que se han visto devastadas por sus actos.

⁴⁹⁷ GUILLAUME G., The Future of International Judicial Institutions, 44 *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, pp. 848; CHARNEY, J.I., The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals, 31 *Journal of International Law and Policy*, 1999, pp.699.

⁴⁹⁸ SHELTON, D., The Promise of Regional Human Rights Systems, in B. Weston and S. Marks (eds.), *The Future of International Human Rights* (Ardsley, Transnational Publishers 1999), pp.356.

**SEGUNDA PARTE - NATURALEZA JURÍDICA DE LA
OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR CON RESPECTO
AL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD Y SU EFECTO SOBRE EL
PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD**

CAPÍTULO V - DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUSTANTIVO. EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

5.1. Crimen de Lesa Humanidad

La segunda parte de esta investigación tiene por objeto, tal y como se ha detallado en la introducción, examinar la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar con respecto al crimen de lesa humanidad. Sin ánimo de repetir los motivos que justifican la elección de este marco sustantivo, se recordarán brevemente aquí, las razones que subyacen al diseño estructural de la tesis. Por un lado, es necesario referirse a la relación entre la cláusula alternativa y la jurisdicción complementaria de la CPI. Partiendo de la inclusión del crimen de lesa humanidad entre los crímenes de competencia de la CPI, la identificación de la naturaleza jurídica de este principio podría contribuir significativamente a colmar las lagunas que afectan al efectivo ejercicio de la jurisdicción de los tribunales domésticos. Por otro lado, se han seguido las recomendaciones de los que nos han precedido en el estudio de este tema, que han coincidido en sugerir el análisis de la cláusula “delito por delito”. En este escenario, el crimen de lesa humanidad, se perfila como la categoría ideal, no sólo por la gravedad de las conductas que regula sino por el hecho de que no cuenta, a día de hoy, y a diferencia de los otros crímenes internacionales de competencia de la CPI, con una regulación convencional propia. A partir de todos estos razonamientos, ampliamente desarrollados en la introducción, la identificación de la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* con respecto al crimen de lesa humanidad no puede concebirse sino como una herramienta con un gran potencial para erradicar la impunidad, mediante la incentivación del ejercicio de las jurisdicciones nacionales para estos casos y la potenciación de un sistema homogéneo de garantías procedimentales. Es preciso, sin embargo, antes de abordar la pregunta central de esta tesis, aproximarnos al contenido y alcance del crimen respecto del cual se estudiará la cláusula procesal. A ello se dedica este capítulo, utilizando como fuente jurisprudencial principal los pronunciamientos de los tribunales penales internacionales en tanto que se trata del contexto jurídico en el que más profunda y detalladamente se ha abordado esta figura.

5.1.1. Origen y concepto

Entre la doctrina, existe una disparidad de opiniones en torno al origen del concepto moderno de crimen de lesa humanidad⁴⁹⁹. A pesar de que autores como Nilsson sostienen que los contornos de este crimen se delimitaron tras la Segunda Guerra Mundial a través de los Principios de Núremberg⁵⁰⁰, otros internacionalistas como Sluiter y Zahar critican la superficialidad y falta de claridad con la que se abordó la novedosa inclusión de este tipo en los juicios celebrados por el Tribunal Militar Internacional tras la Segunda Guerra Mundial, negando tajantemente cualquier conexión entre el legado jurisprudencial de este tribunal y la configuración moderna del crimen de lesa humanidad⁵⁰¹.

Lo cierto es que, aunque se pueden encontrar referencias al término “leyes de la humanidad” como precursor de este concepto en la Convención de la Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907 o en la condena del genocidio armenio por parte de Turquía⁵⁰², el crimen de lesa humanidad se positiviza por primera vez en la

⁴⁹⁹ Para una revisión histórica del origen del crimen véase MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L., “El concepto de crímenes de lesa humanidad”, *Revista española de derecho militar*, nº75, (2000), pp. 217-227 y HUHLE, R., “Hacia una comprensión de los “crímenes contra la humanidad” a partir de Nuremberg”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 13(2); 43-76, julio-diciembre de 2011.

⁵⁰⁰ NILSSON, J., “Crimes Against Humanity” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, ed. A. CASSESE, Oxford University Press, New York, 2009, p. 284. También en este sentido, la Comisión de Derecho Internacional, en su comentario a los artículos del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, reconoció que la definición de Crimen contra la Humanidad contenida en este Proyecto provenía de la Carta del Tribunal de Núremberg, tal y como se interpretó y aplicó por este tribunal, tomando en consideración también el posterior desarrollo del derecho internacional. Véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, sobre el trabajo de su 48º período de sesiones, 6 de mayo-26 de julio de 1996, Doc NU: A/51/10, comentario al artículo 18, párr. 2. Otros autores, como Carlos Fernández Liesa afirman que la posibilidad de enjuiciar los crímenes de lesa humanidad por primera vez se planteó tras la I Guerra Mundial. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el derecho penal español”, en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, coord. Por Josep Tamarit Sumalla, Atelier, Barcelona, 2010, p. 77.

⁵⁰¹ “ (...) but the IMT’s superficial approach to the new offence category of crimes against humanity cannot be side-stepped, and any suggestion that the law of today rests on the foundation of Second World War case-law is wishful thinking”. ZAHAR A. and SLUITER G., *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 200.

⁵⁰² El asesinato en masa del pueblo armenio a manos del Imperio Otomano motivó una declaración conjunta por parte de los gobiernos de Inglaterra, Francia y Rusia en la que se aludió, por primera vez al crimen de lesa humanidad, no tanto como resultado de un profundo estudio filosófico de este concepto, sino para responder a las necesidades de la política internacional del momento que exigía una condena de estas atrocidades. El término “crimen contra la humanidad” se acuñó como alternativa al inicialmente

Carta de Núremberg, anexada a los Acuerdos de Londres de 1948, por la que se regirían los referidos juicios⁵⁰³. Así, su contenido quedó redactado en el principio de Núremberg sexto de la siguiente forma: “Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o la persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra”.

La creación de este nuevo tipo vino a dar respuesta al problema de que muchas de las atrocidades que se cometieron durante y después de la guerra no entraban dentro del ámbito de los crímenes de guerra y por tanto, quedaban impunes.

La definición, elaborada por un Tribunal que se enfrentaba por primera vez a la tarea de codificar y juzgar estas atrocidades, adolecía de algunas deficiencias. De su redacción no se logra inferir el criterio mediante el cual distinguir el crimen de lesa humanidad del crimen de guerra. De hecho, de algunas sentencias dictadas por este Tribunal parece deducirse que el elemento definitorio del crimen de lesa humanidad era la ausencia de nexo con el conflicto armado⁵⁰⁴. No obstante, este criterio no está exento de controversia. En este sentido, algunos autores estiman que uno de los elementos definitorios del crimen de lesa humanidad en Núremberg era precisamente su vinculación a los conflictos armados, lo cual lo distingue de la concepción moderna de este crimen, que puede tener lugar al margen de estos conflictos, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra⁵⁰⁵. Así lo refleja el hecho de que el requisito del nexo

propuesto por Rusia “crimen contra la cristiandad y civilización” para evitar excluir a aquellas víctimas de fe no cristiana. Véase CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 67. Véase también KUSCHNIK, B., Humaness, Humankind and Crimes Against Humanity, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010, p. 515: “In the beginning, it was primarily used as a loose term to circumscribe certain acts which were believed to be generally unacceptable in the state of war”.

⁵⁰³ HWANG, P., “Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 22, 1998-1999, p. 459.

⁵⁰⁴ Un ejemplo de ello es la sentencia contra los miembros del Servicio Secreto alemán por la persecución de los judíos. 22 IMT sentencia 489, pp. 514-515.

⁵⁰⁵ RATNER, S., y ABRAMS, J., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, 2ª ed., 2001, pp. 50-8; LATTANZI, F., “Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda” en *International and National Prosecution of Crimes Under International Law, Current Developments* (Horst Fischer, Claus Kress, Sascha Rolf Lüder, eds.), Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht 44, BWV, 2004, p. 476.

con un conflicto armado, incluido en el Estatuto del Tribunal para la Antigua Yugoslavia pero no aplicado por el mismo, no se incorporara en ninguno de los Estatutos de los tribunales internacionales o mixtos creados con posterioridad tales como el TPIR, la CPI, la Corte Especial para Sierra Leona, las Cámaras Especiales para los Crímenes Graves en Timor Oriental y las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya.

En el concreto caso del crimen de lesa humanidad, es importante subrayar la contribución de la jurisprudencia de los tribunales nacionales en la concreción del alcance y contenido de este delito⁵⁰⁶. Tras la segunda guerra mundial, los tribunales nacionales alemanes también dictaron sentencias condenatorias por crímenes contra la humanidad en base al artículo II de la Ley de Control del Consejo, nº10⁵⁰⁷, que incorporó a la legislación alemana el contenido de los Acuerdos de Londres, dotando a los juzgados de este país de las herramientas jurídicas que les permitieran conocer y enjuiciar estos delitos.

Las sentencias dictadas en los casos de Eichmann, Barbie y Touvier representan el núcleo de la contribución inicial a la definición del crimen de lesa humanidad por parte de los tribunales nacionales. En el primer caso, celebrado en Israel en 1961 tras el secuestro del acusado en Argentina por parte de agentes israelíes, el Tribunal de Distrito de Jerusalén modificó la exigencia del vínculo con el conflicto armado existente en los Juicios de Núremberg al considerar probado que el acusado, que ostentaba el cargo de Teniente Coronel en la Gestapo y era considerado como uno de los arquitectos del Holocausto, había cometido crímenes de lesa humanidad tanto durante la guerra como durante todo el período en el que estuvo vigente el régimen nazi⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Sin perjuicio de que, por limitaciones de espacio y de tiempo, en este capítulo se analizará exclusivamente la construcción del crimen de lesa humanidad a partir de la aportación jurisprudencial de los tribunales penales internacionales.

⁵⁰⁷ Nuremberg Trials Final Report, Appendix D: Control Council Law No. 10: Punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity. Disponible [aquí](#). Consultado el 29/10/2013.

⁵⁰⁸ Tribunal del Distrito de Jerusalén, Fiscal General c. Eichmann (Cr. C. 40/61), sentencia de 15 enero 1961. Eichmann fue condenado a muerte y ejecutado el 31 de mayo de 1962. Para un análisis filosófico del referido juicio véase el clásico ARENDT, H., *Eichmann in Jerusalem: The banality of evil*, Penguin Classics (2006).

Hasta 1987, ningún Tribunal Supremo en el mundo se había pronunciado sobre los crímenes internacionales perpetrados durante y después de la II Guerra Mundial. Precisamente por este motivo, la sentencia dictada por el Tribunal de Casación francés en aplicación de la Carta de Núremberg condenando a Klaus Barbie (Jefe de la Gestapo en Lyon durante la ocupación alemana de Francia, 1942-1944) destaca por ser uno de los pronunciamientos judiciales más relevantes en el ámbito de la configuración jurídica de los crímenes internacionales. Entre las innovaciones introducidas por el Tribunal situado en Lyon, cabe destacar la extensión de la calidad de víctima de persecución a los miembros de la Resistencia Francesa, previamente considerados combatientes, posibilitando la apertura del proceso, que había sido declarado prescrito en base a la aplicación de la limitación temporal de 20 años para el enjuiciamiento de crímenes de guerra⁵⁰⁹.

Paul Touvier tiene el dudoso honor de ser el primer ciudadano francés condenado por crímenes de lesa humanidad. Touvier desempeñó el cargo de jefe regional de la Milice, un grupo paramilitar establecido por el gobierno de Vichy para combatir la Resistencia. Habiendo sido condenado a muerte *in absentia* en dos procedimientos distintos, permaneció en paradero desconocido hasta que, pasado el período de prescripción de los crímenes de guerra aprobado por ley, fue indultado por el Presidente francés Pompidou en 1971. En base a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad avanzada en el caso Barbie, en 1991 se abrió un nuevo procedimiento contra Touvier por complicidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad, por el que fue condenado a cadena perpetua⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Corte de Casación, Cámara Penal, Pros. c. Klaus Barbie, Sentencia de 25 de noviembre de 1986. Disponible aquí. Para un análisis más extenso del caso véase REINHARD, A., “Barbie” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice...op. cit.*, pp. 598-601.

⁵¹⁰ Paul Touvier, que murió en prisión en 1996, fue condenado por la masacre de 7 prisioneros (6 de los cuales eran judíos) en Rilleux el 28 de junio de 1944, como venganza por el asesinato del Ministro de Información y Propaganda del Gobierno de Vichy, perpetrado el día anterior. En esta misma línea, podemos encontrar también el caso de Maurice Papon, que en el ejercicio de su cargo como Secretario General de la Prefectura de Gironde en Burdeos ordenó el envío de 1.500 judíos a Auschwitz, entre los que había niños. En 1998 fue condenado a 10 años de prisión por complicidad en la comisión de un crimen de lesa humanidad y tras ser puesto en libertad por motivos de salud en 2002, murió en el 2007 a los 96 años.

5.1.1.1. Elementos del crimen de lesa humanidad

En la actualidad, el crimen de lesa humanidad se define en el artículo 7 del Estatuto de Roma de regulación de la CPI como una lista exhaustiva de actos, siempre y cuando se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque⁵¹¹”. El alcance de los elementos concretos que conforman este tipo penal puede deducirse del análisis del contenido y alcance de este enunciado a la luz de la evolución del derecho internacional. El caso Akayesu, ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por ejemplo, representa un importante precedente en tanto que en él, el Tribunal se adentra en la enumeración y el análisis de los elementos de este crimen:

“(i) el acto tiene que ser de naturaleza y carácter inhumano y ser causante de un gran sufrimiento o daño grave al cuerpo o a la salud mental o física;

(ii) el acto tiene que ser cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático⁵¹²;

(iii) el acto tiene que ser cometido contra miembros de la población civil;

⁵¹¹ Esta lista incluye a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Artículo 7.1 del Estatuto de Roma. Es importante notar que el elemento general de “ataque sistemático y generalizado” no se incluía en el Estatuto del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia sino que se infirió de la expresión “dirigido contra cualquier población civil”. Véase TPIY, Fiscal c. Kunarac, Sala de Apelación, Caso núm. IT-96-23, sentencia de 12 junio 2002, párr. 85. En el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, el término “generalizado” se sustituye por “a gran escala” y su significado se aclara en el párrafo 4 del comentario de este artículo, en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, sobre el trabajo de su 48º período de sesiones, 6 de mayo-26 de julio de 1996, Doc NU: A/51/10, comentario al artículo 18, párr. 4: “The second alternative requires that the inhumane acts be committed “on a large scale” meaning that the acts are directed against a multiplicity of victims”.

⁵¹² Este requisito ha sido posteriormente confirmado por la jurisprudencia del TPIY en el caso Blaskic, en el que el Tribunal asegura que la concurrencia de alguno de los elementos (ataque sistemático o generalizado) es suficiente para que el acto sea constitutivo de crimen de lesa humanidad. TPIY, Fiscal c. Blaskic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-14, sentencia de 3 de marzo de 2000, párr. 202.

(iv) el acto tiene que suponer una discriminación por motivos políticos, de nacionalidad, étnicos, raciales o religiosos⁵¹³”.

Ese ataque⁵¹⁴ “generalizado o sistemático” al que se hace referencia en el Estatuto de Roma no requiere llegar a ser considerado un conflicto armado, conclusión que se infiere, entre otras cosas, del precedente establecido por el TPIY en el caso Tadic⁵¹⁵, considerado el caso por antonomasia en el ámbito de la definición internacional de este crimen⁵¹⁶.

La interpretación de este primer enunciado alternativo es fundamentalmente el resultado de la contribución del TPIY en el caso Kunarac. El Tribunal establece, en este caso, dos parámetros que “se ven apoyados por una interpretación lógica de la definición de crímenes de lesa humanidad⁵¹⁷”: por un lado, afirma que el concepto “generalizado o

⁵¹³ TPIR, Fiscal c. Jean-Paul Akayesu, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-96-4-T, sentencia, de 2 de septiembre de 1998, párr. 578. Este último requisito, como se verá más adelante, no ha logrado consolidarse en derecho internacional consuetudinario como uno de los elementos definitorios del crimen. Traducción de la autora.

⁵¹⁴ Aunque la utilización del término “ataque” pueda sugerir, inicialmente, la inclusión de un nuevo requisito para poder apreciar el crimen de lesa humanidad, la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha aclarado que con “ataque” se hace referencia a cualquiera de las conductas a través de las cuales se puede cometer este crimen, que están recogidas en los Estatutos del TPIY, TPIR y el Estatuto de Roma, tales como el asesinato, el exterminio, etc. TPIR, Fiscal c. Jean Paul Akayesu, *supra* nota al pie 513, párr. 581.

⁵¹⁵ La Sala de Apelaciones se pronuncia expresamente sobre esta cuestión al resolver el recurso de apelación presentado por la defensa frente al auto interlocutorio, criticando la redacción, excesivamente limitadora del artículo 5 del Estatuto para el TPIY: “El que los crímenes de lesa humanidad no requieren una conexión con un conflicto armado interno forma parte del derecho consuetudinario internacional. Desde luego...el derecho consuetudinario no exige ninguna conexión entre el crimen de lesa humanidad y el conflicto. Por consiguiente, al exigir que el crimen de lesa humanidad fuese cometido en un conflicto armado interno o internacional, el Consejo de Seguridad puede haber definido el crimen del artículo 5 de manera más estricta de lo necesario”. TPIY, Fiscal c. Tadic, Sala de Apelaciones, caso núm. IT-94-1-AR72, Auto interlocutorio que resuelve cuestión de jurisdicción planteada por la defensa de 2 de octubre 1995.

⁵¹⁶ Conviene destacar el papel de la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* sobre el rol reconocido al intento sistematizador de los Estatutos de estos tribunales. Así, las sentencias de estos mismos tribunales se han apartado, en ocasiones, del enunciado literal contenido en estos Estatutos en el entendido de que la configuración del crimen en los mismos responde a razones de funcionalidad más que a una intención de definir este crimen: “Therefore, as both Tribunals have had the opportunity to highlight, the concept of crime that the Statutes embrace in relation to various categories included therein is strictly functional to their determination of their jurisdiction rather than decisive for the purpose of developing the general concept of the crime itself”, LATTANZI, F., “Crimes Against Humanity...*op. cit.*”

⁵¹⁷ SLUITER, G., “Chapeau Elements” of Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the UN Ad Hoc Tribunals” en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. SADAT, L.N., Cambridge Univeristy Press, 2011, p.127.

sistemático” es un concepto relativo que depende de la población contra la que se dirija el ataque⁵¹⁸; por otro lado, esta sentencia recordó que sólo el ataque y no los actos individuales del acusado deben ser “sistemáticos o generalizados”. Por consiguiente, un solo acto puede ser considerado un crimen de lesa humanidad si es cometido en un determinado contexto⁵¹⁹. Según Tieger, a pesar de que el crimen de lesa humanidad surgió del campo del Derecho Internacional Humanitario como una extensión de los crímenes de guerra, esta categoría se ha convertido en la respuesta del derecho penal internacional a las graves violaciones de derechos humanos⁵²⁰.

Existe un consenso en la jurisprudencia internacional, apoyado por la redacción de este crimen en el artículo 18 del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, acerca de la necesidad de que concurra el elemento del ataque sistemático o generalizado para poder calificar el acto de crimen de lesa humanidad. Algunos autores atribuyen esta exigencia al hecho de que en el ámbito internacional, la tipificación de este crimen ha estado dirigida, por encima de todo, a la protección de los valores de paz y de seguridad y no exclusivamente a la protección de la dignidad humana:

“Los Tribunales también están influidos por el hecho de que su propia existencia se basa en el establecimiento por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz y la seguridad. Ciertamente, esta amenaza solo puede ser vinculada a violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos y no a violaciones aisladas de los mismos derechos. (...) En conclusión, resulta muy difícil inferir el requisito del ataque sistemático o generalizado de la propia naturaleza del crimen de lesa humanidad. Más bien, puede afirmarse que este requisito es el resultado de elecciones concretas realizadas por los estatutos del TPIR y de la CPI, así como la práctica del TPIY y del TPIR en la represión de los “crímenes que afectan a la comunidad internacional en su

⁵¹⁸ TPIY, Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic, Sala de Primera Instancia, caso núm.IT-96-23/1, Sentencia de 22 de febrero de 2001, párr. 283.

⁵¹⁹ *Id.*, para. 431.

⁵²⁰ TIEGER, A., “Crimes Against Humanity” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice...op. cit.*, p. 286.

conjunto” y que “amenazan la paz, seguridad y bienestar del mundo”, tal y como recoge el Preámbulo del Estatuto de Roma⁵²¹”.

Sin embargo, también es posible defender que la naturaleza sistemática o generalizada no debe considerarse un elemento configurador del crimen de lesa humanidad. Así, su carácter prescindible se evidencia cuando las referidas violaciones de derechos humanos son objeto de investigación por parte de tribunales nacionales:

“Pero esas violaciones, por ejemplo, actos aislados de tortura cometidos por un órgano estatal, al margen de un contexto concreto, también pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad a efectos de su represión por una jurisdicción nacional (en aplicación o no de una obligación internacional) y para los fines de la cooperación entre Estados para su represión⁵²²”.

A la hora de calificar como crimen de lesa humanidad a alguno de los actos enumerados en la regulación de este tipo, es importante distinguir claramente el concepto de “acto aislado”, del concepto de “acto que afecta a un solo individuo”. El primer supuesto puede llegar a ser constitutivo de un crimen de guerra, pero no (al menos, tal y como se ha analizado, en el ámbito de las jurisdicciones internacionales) de un crimen de lesa humanidad, mientras que el segundo, aunque solo afecte a una persona, puede ser constitutivo de un crimen de lesa humanidad siempre que esté incluido en el contexto de una conducta criminal dirigida contra la población civil⁵²³.

Otro de los elementos fundamentales de este crimen es la existencia de un plan. La Comisión de Derecho Internacional, en su comentario al Proyecto de Código de Crímenes contra la Seguridad y Paz de la Humanidad, afirmó que los crímenes de lesa humanidad son “actos instigados o dirigidos por un Gobierno o por cualquier

⁵²¹ LATTANZI, F., “Crimes Against Humanity...*op. cit.* p. 481. Traducción de la autora.

⁵²² *Id.*

⁵²³ TPIY, Fiscal c. Tadic, Sala II de Primera Instancia, caso núm. IT-94-1-T, Opinión y Sentencia de 7 de mayo de 1997, párr. 664: “(...) the inclusion in Article 5 of the requirement that the acts be “directed against any civilian population” ensures that what is to be alleged will not be one particular act, but, instead, a course of conduct; thus the emphasis is not on the individual victim but rather on the collective, the individual being victimized not because of his individual attributes but rather because of his membership of a targeted civilian population”.

organización o grupo⁵²⁴”. En otras palabras, para que los actos enumerados como potencialmente constitutivos de crímenes de lesa humanidad adquieran ese rango, es preciso que su perpetración resulte de la puesta en práctica de un plan concreto, instigado o dirigido bien por un Gobierno, bien por una organización o grupo. En cuanto a las formas de posible ejecución de esa política o plan, algunos autores han sostenido su potencial comisión por omisión: “(...) aunque no se excluye que en circunstancias excepcionales tal política pudiera ser llevada a cabo mediante una omisión deliberada de actuar, encaminada conscientemente a estimular el ataque, se aclara que la simple ausencia de acción gubernamental o de la organización no es suficiente sin más para la afirmación de tal política⁵²⁵”. La exigencia de un plan formaba parte de la concepción de este delito tradicionalmente albergada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc*⁵²⁶. Sin embargo, recientemente algunas decisiones de las Cámaras de Apelación de estos mismos tribunales se han pronunciado en sentido contrario cuestionando el carácter necesario de la existencia de un plan o política⁵²⁷. La inclusión de otros actores al

⁵²⁴ Véase Informe de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, sobre el trabajo de su 48º período de sesiones, 6 de mayo-26 de julio de 1996, Doc NU: A/51/10, comentario al artículo 18, párr. 5: “The instigation or direction of Government or any organization or group, which may or may not be affiliated with a Government, gives the act its great dimension and makes it a crime against humanity imputable to private persons or agents of a State”.

⁵²⁵ GIL GIL, A., “Los delitos internacionales” en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Coord. Josep Tamarit Sumalla, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, p. 36.

⁵²⁶ TPIR, Fiscal c. Kayishema y Ruzindana, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-95-1, sentencia de 21 de mayo 1999, p. 52, párr. 126: “As Prefect, Kayishema was a State actor. As a businessman Ruzindana was a non-State actor. To have jurisdiction over either of the accused, the Chamber must be satisfied that their actions were instigated or directed by a Government or by any organisation or group”. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda es el único que incluye entre sus requisitos el que el acto implique una discriminación por motivos de nacionalidad, políticos, étnicos, raciales o religiosos. En el entendido de que este elemento no ha cristalizado como uno de los rasgos definitorios del crimen de lesa humanidad en el derecho internacional consuetudinario, no se hará aquí mayor referencia al mismo. Véase también Tadic, *supra* nota al pie 523, párr. 654: “An additional issue concerns the nature of the entity behind the policy. The traditional conception was, in fact, not only that the policy must be present but that the policy must be that of a State, as was the case in Nazi Germany. The prevailing opinion was...that crimes against humanity, as crimes of a collective nature, require a State policy because their commission requires the use of the state’s institutions, personnel and resources in order to commit, or refrain from preventing the commission of, the specified crimes described in Article 6(c) (of the Nuremberg Charter)”.

⁵²⁷ La postura tradicional se limita a hacer una interpretación literal de la letra del Estatuto de Roma, que requiere la concurrencia de una política o plan en el que englobar los actos constitutivos del crimen de lesa humanidad. El profesor Bassiouni también es de esta opinión, BASSIOUNI, C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., The Hague/Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 274. Sin embargo, en los últimos tiempos, las Cámaras de Apelación de los tribunales *ad hoc* han comenzado a sostener la innecesaridad de que un ataque se ejecute siguiendo un plan o política para poderlo clasificar como un crimen de lesa humanidad. TPIR, Fiscal c. Kunarca, Kovac y Vukovic, Sala

margen del Gobierno como posibles perpetradores de este crimen abre la puerta a la posibilidad de enjuiciar los crímenes cometidos por paramilitares, guerrillas o grupos rebeldes siempre y cuando, según la jurisprudencia internacional, estos grupos tengan control de facto sobre el territorio⁵²⁸.

Por otro lado, la configuración del elemento subjetivo se basa fundamentalmente en el precedente sentado por el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Finta*. En este caso, el Tribunal estimó que para poder apreciar un crimen de lesa humanidad era preciso que concurriera tanto la intención de perpetrar el acto de base (por ejemplo, asesinato, exterminio,...) como el conocimiento del contexto y las circunstancias en las que tenía lugar ese acto. El acusado debía ser consciente de que su acto no era un acto aislado, sino que estaba vinculado a otros actos que perseguían, por ejemplo, un objetivo común⁵²⁹. En cuanto al nivel de *mens rea* exigido por la jurisprudencia internacional para el crimen de lesa humanidad, el nivel de conocimiento exigido para la imputación del crimen es el de dolo eventual (o willful blindness o l'ignorance volontaire).

La consolidación de la fórmula elaborada por el TPIY en el Estatuto de Roma parece confirmar la idea, ampliamente extendida entre la doctrina, de que los tribunales *ad hoc* fueron los encargados de crear *ex novo* la construcción jurídica moderna de esta figura⁵³⁰. El caso del antiguo Presidente de Costa de Marfil, Laurent Ghabo, que se enfrenta en la actualidad a un juicio ante la CPI por crímenes de lesa humanidad, sin

de Apelación, caso núm. IT-96-23&IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio de 2002, párr. 98; TPIR, Fiscal c. Semanza, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-97-20-A, sentencia de 20 de mayo 2005, párr. 269.

⁵²⁸ TPIY, Fiscal c. Tadic, *supra* nota al pie 529, párr. 654; TPIY, Fiscal c. Kupreskic et al., Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 551-552.

⁵²⁹ R. c. Finta (1994) 28 CR (4th) 265, párr. 105. TPIY, Fiscal c. Tadic, *supra* nota al pie 523, párr. 656. El TPIY confirmó este precedente al definir en el caso Tadic, el crimen de lesa humanidad como incluyente de dos requisitos mentales: en primer lugar, se debe probar la intención de perpetrar el acto enumerado (ej. trato inhumano o asesinato) y en segundo lugar, el Fiscal debe probar que el autor del referido crimen tenía conocimiento del contexto más amplio en el que se desarrolló su acto (párr. 656). No obstante, este conocimiento puede inferirse del contexto: “A pesar de que se exige conocimiento, se examina objetivamente pudiéndose inferir de las circunstancias”. (párr. 657) “Sin embargo, el responsable tiene que saber que hay una ataque contra una población civil, y tiene que ser consciente de que su acto se enmarca dentro de ese ataque y el acto no puede perpetrarse por razones puramente personales desconectadas del conflicto armado” (párr. 659).

⁵³⁰ ZAHAR, A. y SLUITER, G., *International Criminal Law...op. cit.*, p. 218.

duda representará un punto de inflexión y sentará un importante precedente en la interpretación y la aplicación de este crimen internacional por parte de este Tribunal⁵³¹.

5.1.1.2. Subtipos de crímenes de lesa humanidad

Tal y como se ha adelantado ya, el crimen de lesa humanidad puede perpetrarse a través de una lista exhaustiva de actos, que serán seguidamente objeto de análisis individualizado:

5.1.1.2.1. Asesinato (7.1.a⁵³²)

Sin perjuicio de los problemas que se derivan de las diferencias existentes entre el derecho continental y el *common law* a la hora de equiparar en términos absolutos los elementos subjetivos que conforman los tipos penales en cada uno de estos sistemas⁵³³, a los efectos de esta investigación, y en relación al asesinato, se adoptará aquí la posición esgrimida por la Comisión de Derecho Internacional en su referido Comentario a los artículos del Proyecto de Código de Crímenes, que afirma que el tipo penal del asesinato ha sido ya ampliamente definido y delimitado por la jurisprudencia de los tribunales nacionales:

“El asesinato es un delito claramente comprensible y bien definido en la ley doméstica de cada Estado. Este acto prohibido no requiere mayor explicación⁵³⁴”.

⁵³¹ El juicio, que ha estado paralizado, se reanuda ahora tras el auto dictado por el Tribunal en el que se reconoce que Ghabo goza de la salud necesaria para enfrentarse a un juicio.

<http://ilawyerblog.com/laurent-gbagbo-fit-for-icc-trial/>

⁵³² El número que sigue a cada subtipo corresponde al apartado de su regulación en el Estatuto de Roma.

⁵³³ En el caso Kayishema, a raíz de una diferencia en la traducción del término entre los Estatutos francés e inglés, el Tribunal aludió a esta problemática haciendo una discutible clasificación del requisito de la premeditación en ambos sistemas: “The use of these terms (murder and assassinat) has been the subject of some debate because the mens rea for murder, as it is defined in most common law jurisdictions, includes but does not require premeditation; whereas, in most civil law systems, premeditation is always required for assassinat”. (...) “...it may be argued that, under customary international law, it is murder rather than assassinat that constitutes the crime against humanity (a position asserted by the Chamber in the Akayesu Judgement)...” supra nota al pie 526, párr. 137-138.

⁵³⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, sobre el trabajo de su 48º período de sesiones, 6 de mayo-26 de julio de 1996, Doc NU: A/51/10, comentario al artículo 18, párr. 7.

Conviene aquí subrayar la trascendencia de este tipo en tanto que, además de ser una categoría autónoma a través de la cual se puede cometer un crimen de lesa humanidad, potencialmente también se le puede atribuir un importante papel residual, que paliaría un vacío jurídico en los casos en los que no concurren todos los requisitos necesarios para enmarcar un acto dentro de alguna de las otras categorías tales como el exterminio o la persecución.

5.1.1.2.2. Exterminio (7.1.b)

Poco después de que los Juicios de Núremberg⁵³⁵ hubieran llegado a su fin, Egon Schwelb describió el exterminio como “asesinato a gran escala”⁵³⁶.

Posteriormente, los tribunales penales internacionales ad hoc, sin contar con precedentes jurisprudenciales, aplicaron esta categoría y dictaron sentencias condenatorias en base a la misma⁵³⁷. Han sido precisamente estos razonamientos jurídicos los que han permitido ir perfilando el alcance y contenido de este acto que constituye uno de los vehículos para perpetrar el crimen de lesa humanidad. Mientras en el caso Stakic, el TPIY se refirió al exterminio como “la aniquilación de una masa de personas”⁵³⁸, en el caso Akayesu, el TPIR dotó de un valor numérico a este crimen. Jean Paul Akayesu, antiguo alcalde de la ciudad ruandesa de Taba, fue considerado culpable de cometer un exterminio por ordenar la matanza de 16 personas⁵³⁹.

No obstante, aunque en el ámbito de los tribunales internacionales se ha aludido al carácter “sustancial” del número de asesinatos⁵⁴⁰, este criterio se ha ido matizando para

⁵³⁵ El exterminio se recogía en el artículo 6(c) de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

⁵³⁶ SCHWELB, E., “Crimes Against Humanity”, in H. Lauterpacht (ed.), *British Yearbook of International Law* vol. 23, 1946, p.178, p.192. Es importante notar que este delito no fue definido específicamente ni en el Estatuto ni en la Carta de Núremberg.

⁵³⁷ TPIY, Fiscal c. Krstic, Sala de Apelación, caso núm. IT-98-33, sentencia de 19 de abril 2004 y TPIR, Fiscal c. Semanza, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-97-20, sentencia de 15 de mayo 2001.

⁵³⁸ TPIY, Fiscal c. Stakic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-97-24, sentencia de 31 de julio 2003, párr. 641.

⁵³⁹ TPIR, Fiscal c. Akayesu..., *supra* nota al pie 513, párr. 735-744.

⁵⁴⁰ TPIR, Fiscal c. Semanza..., *supra* nota al pie 537, párr. 340.

adaptarlo al contexto, con el fin de evitar que la calificación de un acto como exterminio, y por ende, crimen de lesa humanidad, dependa únicamente de un valor numérico concreto⁵⁴¹ evitando así la desprotección a la que se verían expuestas muchas situaciones que cumplen con los requisitos de un acto de exterminio⁵⁴².

Por todo lo anterior, lo que queda fuera de toda duda es que el exterminio comparte elementos esenciales con el asesinato.

En cuanto al elemento subjetivo, en el caso Vasiljevic, el TPIY estimó que para condenar a una persona por exterminio, es necesario que haya “tenido la intención de matar o de participar en la eliminación de un número de individuos⁵⁴³”. A diferencia del crimen de genocidio, aquí no se exige que exista una intención discriminatoria detrás del acto⁵⁴⁴. La jurisprudencia internacional también ha reconocido que el exterminio

⁵⁴¹ TPIR, Fiscal c. Kayishema y Ruzindana..., *supra* nota al pie 526, párr. 145, traducción de la autora: “El término “en masa”, que puede ser entendido como “a gran escala”, no contiene un imperativo numérico, sino que puede ser determinado en cada caso utilizando el sentido común. No es necesario que el actor tenga en mente a un individuo o individuos concretos cuando perpetre el crimen”; Véase también TPIY, Fiscal c. Brdanin, Sala de Apelación, caso núm. IT-99-36-A, sentencia del 3 de abril de 2007, párr. 471 y TPIY, Fiscal c. Stakic, Sala de Apelación, caso núm. IT-97-24-A, sentencia de 22 de marzo de 2006, párr. 260.

⁵⁴² El número de víctimas puede, por lo tanto, ser relativamente pequeño. “It is enough that a numerically significant part of the population is targeted”, TPIY, Fiscal c. Krstic..., *supra* nota al pie 537 párr. 503. En uno de sus artículos, Murray cuestiona la utilidad del crimen de genocidio en tanto considera que mediante el crimen de lesa humanidad todos los supuestos quedan amparados por la ley sin tener que probar la concurrencia del difícilmente demostrable “genocidal intent” o intención de cometer genocidio. Uno de los argumentos que se puede oponer a esta afirmación es que el genocidio puede tener lugar a una escala más pequeña, que no sea suficiente para calificar el acto de exterminio. En este caso, prosigue el autor, este supuesto podría encuadrarse dentro del subtipo de asesinato para ser calificado también de crimen de lesa humanidad. MURRAY, A.R.J, “Does International Criminal Law Still Require a “Crime of Crimes”?...*op. cit.*, p. 604: “Para qué necesita el derecho penal internacional un delito de genocidio? El exterminio junto con la persecución son capaces de dar respuestas adecuadas a las situaciones en las que se perpetrar actos de genocidio sin someterse a los estrictos y superfluos requisitos para llegar a la misma conclusión”. Traducción de la autora.

⁵⁴³ TPIY, Fiscal c. Vasiljevic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-98-32 sentencia de 25 de febrero 2004, párr. 229. Esta definición vino a corroborar la construcción conceptual realizada en el caso Krstic por este mismo tribunal, en el que se afirmó que “para afirmar la concurrencia de un delito de exterminio, además de los requisitos generales del crimen de lesa humanidad, tienen que existir pruebas de que el ataque se ha dirigido contra una población particular, siendo sus miembros asesinados o sometidos a condiciones de vida destinadas a eliminar una parte significativa de la población”. Traducción de la autora. TPIY, Fiscal c. Krstic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-98-33-T de 2 de agosto de 2001, párr. 503.

⁵⁴⁴ TPIY, Fiscal c. Vasiljevic...*supra* nota al pie 543, párr. 228: “el motivo último -sea político o ideológico- por el que el delincuente lleva a cabo sus actos no forma parte del *mens rea* requerido y es, por consiguiente, legalmente irrelevante” Traducción de la autora.

puede cometerse por omisión. Así, en el caso Kayishema y Ruzindana, el TPIR ejemplificó actos omisivos que pueden ser constitutivos de exterminio:

“Los actos u omisiones pueden ser perpetrados con dolo, imprudencia o negligencia grave. La “creación de condiciones que resulten en asesinatos en masa” consiste en el establecimiento de circunstancias que en última instancia causen la muerte en masa de otros. Por ejemplo, el encarcelamiento de un gran número de personas sin respetar las condiciones de vida mínimas puede dar lugar a muertes en masa, también la introducción de un virus mortal en la sociedad impidiendo el acceso a la asistencia sanitaria puede tener como resultado muerte en masa⁵⁴⁵”.

Al abordar el elemento subjetivo de este crimen, Cherif Bassiouni afirma que el exterminio implica la concurrencia de muertes intencionadas e inintencionadas, en tanto que para asesinar “en masa” se requiere que exista un grupo de personas implicadas en la planificación e implementación de un resultado, que conozcan y persigan, a pesar de no conocer a sus víctimas⁵⁴⁶. En esta línea, conviene notar la postura, no exenta de controversia en el ámbito académico, sostenida por el profesor Cassese en torno a la posibilidad de considerar un acto terrorista como exterminio y por ende, crimen de lesa humanidad, siempre y cuando concurran los elementos del exterminio y que el acto forme parte de un ataque generalizado o sistemático⁵⁴⁷.

5.1.1.2.3. Esclavitud (7.1.c)

La esclavitud, ya reconocida como crimen de lesa humanidad en las Cartas de los Juicios de Núremberg y Tokio y esbozada en los razonamientos jurídicos de las sentencias de los casos Milch y Pohl et. Al⁵⁴⁸, ha sido definida por el TIPY como el

⁵⁴⁵ TPIR, Fiscal. Kayishema y Ruzindana...*supra* nota al pie 526, párr. 146; TPRI, Fiscal c. Rutaganda, caso núm. ICTR-96-3, sentencia de 6 de diciembre de 1999, párr. 84.

⁵⁴⁶ BASSIOUNI, C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law...op. cit.*

⁵⁴⁷ CASSESE, A., *The Oxford Companion to International Criminal Justice...op. cit.*, p. 75.

⁵⁴⁸ Consultar resumen y análisis de los razonamientos jurídicos sobre la política de trabajo forzoso en “The Avalon Project, Slave Labour Policy” Disponible [aquí](#). Consultado el 12/3/2013.

ejercicio de cualquier o todos los poderes vinculados al derecho de propiedad sobre una persona⁵⁴⁹.

En el caso Kronjelac, el Tribunal, tras referirse al marco jurídico convencional de prohibición de la esclavitud (Convención sobre la Esclavitud de 25 de septiembre de 1926 y el artículo 4 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1977), afirma la naturaleza consolidadamente consuetudinaria de esta prohibición⁵⁵⁰.

En este caso, el Tribunal analiza la alegación de un delito de esclavitud en los trabajos forzados a los que fueron sometidos las personas detenidas en la prisión de KP Dom, entre mayo de 1992 y agosto de 1993, y subraya la necesidad de probar la concurrencia de los siguientes elementos para poder establecer la culpabilidad del acusado por un acto de esclavitud en el referido contexto:

“(…) la Fiscalía debe probar que el acusado (o las personas de cuyas acciones responde penalmente) obligó a los detenidos a trabajar y que ejerció (o ejercieron) sobre ellos alguno o todos los poderes inherentes al derecho de propiedad, de manera intencionada⁵⁵¹”.

El Tribunal, que no considera probados los elementos necesarios para establecer la culpabilidad del acusado por actos de esclavitud, también destaca que uno de los aspectos fundamentales para apreciar la concurrencia de trabajos forzados que puedan ser constitutivos de esclavitud es la involuntariedad del propio trabajo⁵⁵². Se subraya también más adelante, que la compra o la venta de una persona por una cantidad de dinero o cualquier otro tipo de compensación no es un requisito necesario para entender que la misma concurre. Sin embargo, no deja de reflejar el ejercicio del derecho de

⁵⁴⁹ TPIY, Fiscal c. Kunarac...*supra* nota al pie 511, párr. 539.

⁵⁵⁰ TPIY, Fiscal c. Krnojejac, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-97-25, sentencia de 15 de marzo de 2002, párr. 353.

⁵⁵¹ *Id.* párr. 358, citando el asunto Kunarac, *supra* nota al pie 511, párr. 542. Traducción de la autora.

⁵⁵² *Id.* párr. 373. En este párrafo, el tribunal enumera una lista de factores relevantes para dilucidar si el trabajo fue, efectivamente, forzoso: “(…) el aspecto sustancialmente no retribuido del trabajo realizado, la posición vulnerable en la que se encuentran los detenidos, las alegaciones de que los detenidos que no podían o no querían trabajar eran enviados a celdas de aislamiento, (...) el hecho de la detención y las condiciones inhumanas en las que se encontraban los detenidos en la prisión de KP Dom”. Traducción de la autora.

propiedad sobre la persona en cuestión. Se aclara también que el cautiverio *per se*, no implica esclavitud. El Tribunal valida en esta sentencia los criterios a considerar, según la Fiscalía, para determinar la concurrencia de la esclavitud: el control de los movimientos de una persona, control del contexto físico, control psicológico, medidas para prevenir o disuadir la idea de la huida, fuerza, amenaza de fuerza o coerción, duración, afirmación de exclusividad, trato cruel y abuso, control de la sexualidad y trabajo forzoso⁵⁵³.

5.1.1.2.4. Deportación o traslado forzoso de la población (7.1.d.)

Esta categoría se define en el Estatuto de Roma como “el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en la que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”. Ya en los Juicios de Núremberg, el escrito de acusación de la Fiscalía se refería a la deportación como crimen de lesa humanidad⁵⁵⁴ pero el contenido y alcance concreto de esta categoría y las diferencias entre las dos opciones que engloba, no se delimitan hasta la creación del TIPY⁵⁵⁵.

⁵⁵³ TPIY, Fiscal c. Kunarac...*supra* nota al pie 511, párrs. 542-543. Para un estudio más exhaustivo de la trata de personas y la esclavitud en el marco del crimen de lesa humanidad, véase CASOLA, L., “Los crímenes de lesa humanidad y el delito de trata de personas: análisis del principio de legalidad a la luz del Estatuto de Roma y de la Constitución argentina, *RECORDIP*, vol.1, núm. 1, 2011; MANERO SALVADOR, A., “Medidas internacionales de represión de la trata de mujeres” en *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Tirant lo Blanch, 2011; ABAD CASTELOS, M. “El tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional”, *Seminario sobre cooperación y lucha contra la delincuencia organizada en el espacio iberoamericano* Disponible aquí; BADÍA MARTÍ, A.M. “Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, VVAA. *Soberanía del Estado y derecho internacional : homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 1., Universidad de Sevilla, 2005; MATTAR, M. Y., “Trafficking in Personas, Especially Women and Children, in Countries of the Middle East: The Scope of the Appropriate Legislative Responses, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 23, núm 3, 2002, pp. 721-760. Para un tratamiento de una manifestación localizada del fenómeno, véase DÍAZ BARRADO, C. y TRINIDAD NÚÑEZ, P., “Trata de blancas en Albania”, *Contrastes: Revista cultural*, núm. 52, 2008, pp. 47-53.

⁵⁵⁴ Count 4 (A) del Escrito de Acusación del Tribunal Militar Internacional, citado en MURRAY, A., “Does International Criminal Law Still Require a “Crime of Crimes”?...*op. cit.*, p. 608.

⁵⁵⁵ Tanto en el caso Krstic como en el en el caso Nalatelic, el Tribunal estableció que la diferencia entre deportación y traslado forzoso residía en que la primera implicaba traslado a otro Estado mientras que la segunda se refería al traslado de las víctimas de un lugar a otro dentro del territorio nacional, TPIY, Fiscal c. Naletilic y Martinovic, caso núm. IT-98-34, sentencia de 31 de marzo 2003, párr. 670. Esta distinción se reitera en el caso Popovic, TPIY, Fiscal c. Vujadin Popovic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-05-88-T, sentencia de 10 de junio de 2010, párr. 892.

Los intereses protegidos que subyacen a la prohibición de este acto incluyen el derecho de las víctimas a permanecer en su casa y en su comunidad y el derecho a no ser desposeído de la propiedad a través del traslado forzoso a otra población⁵⁵⁶.

En el caso Popovic, el tribunal subraya los elementos esenciales y definitorios de la deportación o traslado forzoso: a. el carácter forzoso del desplazamiento; b. la presencia legal de la víctima en el territorio del que se la pretende desplazar⁵⁵⁷; y c. La ausencia de alguno de los motivos que permitan, bajo el derecho internacional, el traslado forzoso tales como la evacuación por motivos militares o de seguridad, regulados en el Convenio de Ginebra IV (artículo 49) y en su Protocolo Adicional II (artículo 17).

Algunos autores, teniendo en mente el conflicto de la Antigua Yugoslavia, han elaborado definiciones más detalladas de los conceptos de deportación y traslado forzoso. En este sentido, Michael Roch, distingue entre la forma directa de la comisión de este crimen (“la fuerza de ocupación puede simplemente juntar a un grupo de individuos, trasladarlos a la frontera y obligarles a cruzar⁵⁵⁸”) y la forma indirecta (“Este tipo de desplazamiento puede ocurrir en una región en la que exista un conflicto armado o en la que se estén cometiendo violaciones sistémicas de derechos humanos⁵⁵⁹”).

⁵⁵⁶ TPIY, Fiscal c. Stakic...*supra* nota al pie 541, párr. 277.

⁵⁵⁷ El tribunal adopta un enfoque práctico y no legalista para determinar lo que constituye una presencia legal, cuya diferencia con la residencia legal se hace plausible: “Evidentemente, el objetivo de la prohibición de los traslados forzados y la deportación es evitar el desarraigo de los civiles de sus hogares y prevenir la destrucción de las comunidades. En este sentido, que el individuo haya vivido en la localidad en cuestión el tiempo suficiente para cumplir con los requisitos de la residencia o que no goce de la condición de residente conforme a la legislación de inmigración, es irrelevante”. Traducción de la autora. TPIY, Fiscal c. Popovic...*supra* nota al pie 555, párr. 900.

⁵⁵⁸ ROCH, M.P., “Forced Displacement in the Former Yugoslavia, A Crime under international law”, *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 14:1, 1995-96, p. 6. Traducción de la autora. También incluye dentro de las formas indirectas el “voluntary resettlement” para cuya descripción utiliza un caso. Véase también el premio Pulitzer, GUTMAN, R., *A Witness to Genocide*, Nueva York, Macmillan Publishing, 1993, pp. 120-125: “uno de los testimonios describe cómo los militares serbios tomaron el control de las funciones de gobierno de Banja Luka, posible futura capital del enclave serbio en Krajina y “ofrecieron” después, visados de salida a la población musulmana que vivía allí. Para poder obtener estos visados, los musulmanes tenían que firmar la renuncia a su propiedad en beneficio del “Estado”. Tras abonar 200 dólares de costes de traslado, un autobús les llevaba a la montaña Vlasic, donde los militares atracaban a los refugiados, los desnudaban, y violaban y mataban a las musulmanas más jóvenes (...) (“... [sólo se oían sus gritos]”), para después perseguir a los supervivientes a través del paso de montaña que les llevaba al enclave musulmán. Durante varios meses en 1992, unos 40.000 civiles bosnios y croatas “se ofrecieron” a dejar sus hogares de esta manera”. Traducción de la autora.

⁵⁵⁹ *Id.*, pp. 6

A la vista de la definición articulada por el Estatuto de Roma y en el ámbito de la definición del contenido y alcance de esta categoría como crimen de lesa humanidad, resulta evidente que la clave está en la dotación de significado a la expresión “otros actos coactivos”. En función de los criterios interpretativos aplicados por los jueces internacionales⁵⁶⁰ a esta categoría concreta, el traslado forzoso o la deportación como crimen de lesa humanidad potencialmente podría incluir desde la limpieza étnica⁵⁶¹ que expulsa a poblaciones enteras de su territorio mediante el recurso directo a la violencia basado en la discriminación a las víctimas, a la expulsión de un grupo de población de un territorio como consecuencia de la destrucción del mediambiente⁵⁶².

El traslado forzoso como crimen internacional, aunque reconocido como crimen de lesa humanidad en los Juicios de Núremberg, fue regulado por primera vez como crimen de guerra en el artículo 49 del IV Convenio de Ginebra (relativo a la protección de civiles en tiempos de guerra) y vino a dar respuesta a una realidad concreta: las atrocidades cometidas por el régimen nazi durante la 2GM. El hecho de que surgiera en este particular contexto fue utilizado posteriormente por Estados como Israel para negar su carácter de derecho consuetudinario y evitar así ser condenado por la comisión de este crimen a través de la política de los asentamientos ilegales en territorios palestinos⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Hasta ahora, la jurisprudencia internacional no ha entrado en los detalles de los límites y contenido exacto de esta expresión. Los razonamientos jurídicos esgrimidos por el TPIY sobre esta cuestión se han limitado a señalar que con “forzoso” se hace referencia a a situaciones en las que los individuos no tienen la posibilidad de elegir libremente el quedarse en el territorio en el que se encuentran (TPIY, Fiscal c. Blagojevic y Jocik, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-02-60-T, sentencia de 17 de enero de 2005, párr. 596) y a puntualizar que para que concurra este tipo es necesario que el desplazamiento tenga lugar bajo coerción (TPIY, Fiscal c. Brdanin, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-99-36-T, sentencia de 1 de septiembre de 2004, párr. 543).

⁵⁶¹ MURRAY, A., “Does International Criminal Law Still Require a “Crime of Crimes”?...*op. cit.*, pp. 608-611. Este autor argumenta que la protección ofrecida por el crimen de lesa humanidad a través de los delitos de traslado forzoso y deportación es mayor que la que ofrece la Convención contra el Genocidio, en tanto que “los crímenes de deportación y limpieza étnica pueden ser considerados un “acto inteligente de genocidio” en tanto que están dirigidos a la destrucción de un grupo en un área concreta sin cometer ninguno de los actos enumerados en la Convención contra el Genocidio. (...) Además, no se exige que las víctimas de la expulsión, deportación o traslado pertenezcan a algunos de los grupos de la Convención”. Traducción de la autora.

⁵⁶² Ver subapartado “5.1.1.2. Otros actos inhumanos (...)”.

⁵⁶³ Corte Suprema de Israel, Affo y otros c. Fuerzas de Defensa israelíes en Cisjordania, (HC 785/87); Rafia y otro c. Fuerzas de Defensa israelíes en la Franja de Gaza (HC 845/87); Hindi c. Fuerzas de Defensa israelíes en la región Judea y Samaria (HC 27/88), sentencia de 10 de abril de 1988. Disponible aquí. Consultado el 19/10/2013.

De hecho, la ampliación del concepto en el artículo 85(4)(a) del Primer Protocolo anexo a los Convenios de Ginebra de 1977 para incluir como violación del derecho internacional humanitario no solo “el traslado forzoso y la deportación” sino “el traslado, por parte de la Potencia ocupante de su propia población al territorio ocupado”⁵⁶⁴ impide, aún a día de hoy, que Israel firme el Protocolo anexo a los Convenios de Ginebra, a pesar de haberse erigido tras el Holocausto como uno de los más férreos defensores del derecho internacional⁵⁶⁵.

Más allá del origen y el desarrollo de este tipo a lo largo del siglo XX, la magnitud del problema de los desplazamientos forzados a nivel mundial exige encontrar soluciones para erradicar este fenómeno.

⁵⁶⁴ Autores como Arthur Lenk consideran que la motivación que subyacía a esta reforma no era otra que la de intervenir en el conflicto de Medio Oriente a través de la justicia penal internacional, LENK, A., “Political Misuses of International Law: the development of the “crime” of population transfer in International Criminal Court”, *Eyes on the ICC*, vol. 1, 2004, p. 71, p. 78, traducción de la autora: “El motivo que subyace al cambio en el énfasis es la experiencia de un lugar concreto: la cuestión de los asentamientos israelíes en Cisjordania y los Altos del Golán y el deseo de que el derecho internacional humanitario y el principio de jurisdicción universal jugaran un papel en la política de Medio Oriente”. La incorporación literal (con dos pequeños cambios consistentes en la introducción del matiz “directa o indirectamente” y la eliminación de la frase “intencionalmente y cuando se comentan en violación del Convenio o del Protocolo”) del artículo 85.4(a) del Primer Protocolo a la regulación del traslado forzoso y deportación como crimen de guerra en el artículo 8(2)(b)(vii), evidencia, a la luz de lo expuesto, que este es uno de los motivos por los que Israel se sigue negando a firmar los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma, a pesar de que se ha eliminado toda referencia al artículo 49 en el referido texto. Lenk sintetiza esta idea de manera muy clara, p.84: “Para Israel, la voluntad de los abogados y diplomáticos del mundo de “cambiar las reglas de juego” en relación al traslado de población, cambiando las reglas y alegando después que la nueva versión es derecho internacional, supuso una amenaza lo suficientemente fuerte como para mantenerse fuera del Estatuto de Roma”. Traducción de la autora. Este autor alerta de los riesgos que entraña lo que considera una posible politización del derecho internacional a través de una sutil crítica a la sobreinterpretación de la categoría “traslado forzoso” para incluir los asentamientos de Israel en Palestina, interviniendo así en el conflicto Árabe-Israelí a través de la CPI. Por su parte, Israel no ha cejado en su intento de legitimizar estos asentamientos en territorio palestino, llegando incluso a realizar esfuerzos maratonianos para ello. “Un maratón para “legitimar” la ocupación israelí”, *Público*, 1 de marzo de 2013. Disponible aquí. Consultado el 29/10/2013.

⁵⁶⁵ El caso de referencia en la aplicación del derecho internacional por parte de los Tribunales Israelíes es el caso Eichmann (a pesar de que para su celebración este Estado secuestró al acusado que se encontraba en Argentina a través de agentes, violando flagrantemente el derecho internacional que luego aplicacara). Así, un resumen de la desestimación de los argumentos de la defensa por parte del Tribunal Supremo israelí en este caso, apoyada fundamentalmente en el derecho internacional, confirma el reconocimiento de la vigencia de este ordenamiento jurídico por parte del órgano jurisdiccional jerárquicamente más alto del poder judicial. Véase BEN-NAFTALI, O., “Eichmann” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice...op cit.*, pp.654-655.

El enjuiciamiento de esta categoría como crimen de lesa humanidad se erige así como uno de los pilares fundamentales para combatir esta lacra cuyo número de víctimas llegó a la cifra de 42.5 millones a finales de 2011⁵⁶⁶.

5.1.1.2.5. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional (7.1.e)

La figura de la detención o privación de libertad como crimen de lesa humanidad está directamente conectada tanto con la recién analizada esclavitud como con la desaparición forzosa, objeto del siguiente epígrafe.

En el ámbito de los tribunales internacionales, la detención como crimen de lesa humanidad fue definida por primera vez por el TPIY en el caso Kordic y Cerkez. En ella se subrayan los elementos de arbitrariedad y ataque sistemático como configuradores de este subtipo: “la Sala de Primera Instancia concluye que el término encarcelamiento recogido en el artículo 5 del Estatuto debe ser entendido como encarcelamiento arbitrario, esto es, privación de libertad de un individuo sin respetar el derecho al debido proceso, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁵⁶⁷”.

El contenido de este subtipo ha sido abordado en profundidad en el capítulo III, en el marco de las detenciones ilegales perpetradas por Estados Unidos y otros países en el contexto de la mal llamada “guerra contra el terror”. Nos remitimos por ello y para evitar repetición, al análisis allí realizado no sin antes subrayar que se trata éste de un grave fenómeno que se ha extendido a todo el planeta. En efecto, su erradicación

⁵⁶⁶ Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “A year of crisis, Global Trends 2011”. Disponible aquí. Consultado el 30/10/2013. Esta cifra se refiere al número total de personas que a finales de 2011 podían incluirse entre las víctimas de traslado forzoso y deportación como consecuencia de los conflictos armados y la persecución. La cifra concreta de personas que han tenido que trasladarse forzosamente en el ámbito interno es de 26.4 millones a finales de 2011. Este dato es el segundo más alto registrado y responde fundamentalmente a nuevos o renovados desplazamientos en Afganistán, Costa de Marfil, Libia, Sudán (sur) y Yemen.

⁵⁶⁷ TPIY, Fiscal c. Kordic y Cerkez, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-14/2-T, sentencia de 26 de febrero 2001, párr. 302. Traducción de la autora.

constituye una de las causas que más activamente defiende las organizaciones de derechos humanos⁵⁶⁸.

5.1.1.2.6. Tortura (7.1.f.)

La prohibición de la tortura es una de las pocas normas de derecho internacional sobre las que existe consenso universal, habiéndose constatado, entre otras cosas, su naturaleza de *ius cogens*⁵⁶⁹. Si bien es cierto que desde las Naciones Unidas se han realizado notables esfuerzos para identificar las fuentes de justificación de la naturaleza *ius cogens* y delimitar los actos constitutivos de torturas⁵⁷⁰, su definición exacta sigue siendo una de las cuestiones más debatidas por la doctrina *iusinternacionalista*⁵⁷¹.

Sin perjuicio de su articulación en los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, el marco jurídico internacional sobre el que se apoya la prohibición de la tortura está compuesto, sobre la base del artículo 5 de la DUDH, por los

⁵⁶⁸ Véase, a modo de ejemplo: HRW, “Libya: New Government Should End Illegal Detention. Thousands held without charge”, 16 de noviembre de 2012. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013; HRW, “Open secret. Illegal detention and torture by the Joint Anti-terrorism Task Force in Uganda”, abril de 2009. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

⁵⁶⁹ CII, Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar, Bélgica c. Senegal (*Questions relating to the obligation to prosecute or extradite*), sentencia de 20 de julio de 2012, párr. 99.

⁵⁷⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Protocolo de Estambul, “Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Serie de capacitación profesional, núm 8, Rev. 1 Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

⁵⁷¹ WEISSBRODT, D y HEILMAN, C., “Defining Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment”, *Law and Inequality: A journal of Theory and Practice*, Vol. 29, núm. 2 (Verano 2011), pp. 343-394; GAETA, P., “When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?”, *J.Int'l Crim. Just.*, vol. 6, 2008, p. 183. En este artículo la autora defiende que la participación directa o indirecta de agentes del Estado no es requisito necesario para que un delito de tortura puede ser calificado de crimen de lesa humanidad, siempre y cuando concurren el resto de los requisitos de este tipo. Véase también NAGAN, W., y ATKINS, L., “The International Law of Torture: From Universal Proscription to Effective Application and Enforcement”, *Harv. Hum. Rts. J.*, vol. 14, 2001, pp. 87-121; VILLÁN DURÁN, C., “Convención contra la Tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en el derecho Internacional”, *REDI*, vol. 37, núm. 2, 1985, pp. 377-402. Más recientemente y en la línea del presente epígrafe, véase el exhaustivo trabajo de BARBERO, N., “La tortura como crimen contra la humanidad”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 6, 2011, pp. 181-220.

Convenios de Ginebra⁵⁷², la Convención contra la Tortura (CAT)⁵⁷³ y el PIDCP, que se refiere expresamente a esta prohibición en su artículo 7. De hecho, la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha afirmado en repetidas ocasiones que la definición de tortura contenida en la CAT refleja la costumbre internacional⁵⁷⁴.

A los efectos de esta investigación, se abordará el concepto de tortura únicamente en tanto que crimen de lesa humanidad. En este sentido, se hará referencia a la jurisprudencia internacional que ha ido delimitando el contenido y alcance de la tortura como conformador de esta violación grave del derecho internacional.

El primer caso en la jurisprudencia internacional en el que se apreció el crimen de lesa humanidad de tortura fue el caso Akayesu, en el que el ex Alcalde Jean-Paul Akayesu fue condenado por el TPIR por la perpetración de interrogatorios en los que hacía uso de amenazas y en los que, en ocasiones, aplicaba una gran brutalidad⁵⁷⁵.

Sin embargo, es en la argumentación esgrimida por el TPIY en el célebre caso Kunarac donde se alude a los elementos configuradores de la tortura, inferibles de la costumbre internacional:

“(i) El infligir, por acción u omisión, daño severo o sufrimiento físico o mental⁵⁷⁶.”

⁵⁷² El artículo 3 común a los 4 Convenios prohíbe expresamente “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios”.

⁵⁷³ Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984.

⁵⁷⁴ TPIY, Fiscal c. Furundzija, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-17/1-T sentencia de 10 de diciembre 1998, párr. 162 y TPIY, Fiscal c. Delalic y otros, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre 1998, párr. 459.

⁵⁷⁵ TPIR, Fiscal c. Akayesu, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párrs. 682-684. Tanto esta primera sentencia que sienta un precedente en el reconocimiento de la tortura como crimen de lesa humanidad como la primera sentencia dictada en este sentido por el TPIY (TPIY, Fiscal c. Delalic... *supra* nota al pie 574) optan por la definición de tortura articulada en la CAT, que consideran representativa del derecho consuetudinario. Sobre la evolución del concepto de tortura en los tribunales penales internacionales véase SCHABAS, W., “The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals”, *Case W. Res. J. Int’l L.*, vol. 37, 2005-2006, p. 349.

⁵⁷⁶ Definición adoptada también en el caso Brdanin, TPIY, Fiscal c. Brdanin, Sala de Apelación, caso núm. IT-99-36, sentencia de 3 de abril de 2007, párr. 242.

(ii) La intencionalidad de la acción u omisión.

(iii) La acción u omisión tiene que estar dirigida a obtener una información o una confesión, o a intimidar, castigar o coartar a la víctima o a una tercera persona, o a discriminar, por cualquier motivo, a la víctima o a una tercera persona⁵⁷⁷.

No obstante, es importante notar que para que la tortura pueda ser considerada un crimen de lesa humanidad, es preciso que, además de estos elementos, concurren también los analizados elementos definitorios de este tipo (la perpetración del acto como parte de un ataque generalizado o sistemático). En este sentido, la necesaria distinción entre la definición de tortura según el derecho internacional de los derechos humanos y la tortura como crimen contra la humanidad, crimen de guerra o grave violación, ha sido ya subrayada en los razonamientos jurídicos de los tribunales internacionales⁵⁷⁸.

El subtipo de tortura como crimen de lesa humanidad merece, en el marco de este trabajo de investigación, una atención especial a la luz de la reciente sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en un caso que enfrentaba a Senegal con Bélgica. Senegal, teniendo en su territorio al ex Presidente de Chad, Hisséne Habré, acusado de haber cometido violaciones graves de derechos humanos incluyendo torturas sistemáticas durante su mandato entre 1982-1990, se negaba a extraditar al acusado a Bélgica y se negaba a abrir, alternativamente, un procedimiento para investigar estos delitos. La Corte, a través de una de las sentencias más importantes dictadas en los últimos tiempos en el ámbito de la lucha contra la impunidad, afirmó el carácter

⁵⁷⁷ TPIY, Fiscal c. Kunarac...*supra* nota al pie 511, párr. 497. El Tribunal se apoya en la jurisprudencia de los tribunales internacionales ad hoc para deducir la consolidación de estos elementos: (i) TPIY, Fiscal c. Furundzija...*supra* nota al pie 574, párr. 162; TPIY, Fiscal c. Delalic y otros... *supra* nota al pie 574, párr. 468; (ii) *Idem* Furundzija; TPIR, Fiscal c. Akayesu, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre, párr. 594; (iii) *Idem* Delalic (párr. 470-472); *Idem* Akayesu.

⁵⁷⁸ TPIY, Fiscal c. Kunarac... *supra* nota al pie 511, párr. 495: “La Sala de Primera Instancia recuerda que esas convenciones, en particular, los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos, aluden a la tortura per se mientras que el Estatuto del Tribunal la criminaliza como un tipo de crimen de guerra, crimen de lesa humanidad o grave violación (del derecho internacional). En este contexto, el rasgo definitorio no debe buscarse en el estatus de la persona que perpetró el delito sino en la naturaleza del acto realizado”. Traducción de la autora. Véase BURCHARD, C., “Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunales, A Critical Assessment”, *J.Int'l Crim. Just.*, vol. 6, 2008, p. 159, para una sistematización de las conductas que son constitutivas de tortura en diversas formas.

vinculante de la obligación convencional de extraditar o juzgar, recogida en el CAT⁵⁷⁹, en el que ambos países son Estados Parte⁵⁸⁰.

5.1.1.2.7. Violencia sexual (7.1.g.)

La regulación de la prohibición general contra la perpetración de “otros actos inhumanos” contemplada en la Carta de Núremberg habría permitido la investigación y el enjuiciamiento de las violaciones cometidas durante la Segunda Guerra Mundial como crímenes internacionales autónomos subsumibles en las categorías de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, la realidad es que ninguno de los tribunales establecidos tras la Segunda Guerra Mundial abordó tales hechos⁵⁸¹. Casi medio siglo más tarde, los informes que alertaban de la gravedad y magnitud de la violencia sexual en los conflictos en Yugoslavia y Ruanda, determinaron la inclusión de la violación como categoría autónoma del crimen de lesa humanidad en los Estatutos de ambos tribunales. Posteriormente, la redacción del Estatuto de Roma amplió la protección de las víctimas de violencia sexual al formular este crimen en términos más exhaustivos, al considerar que este tipo podía estar conformado por la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado⁵⁸² o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

⁵⁷⁹ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar, Bélgica c. Senegal...*supra* nota al pie 569.

⁵⁸⁰ Esta sentencia, por el gran impacto que ha tenido en la presente investigación, será objeto de análisis separado en el último capítulo.

⁵⁸¹ HRW, “We’ll kill you if you cry”: sexual violence in the Sierra Leonan conflicto”, vol. 15, núm. 1(A), enero de 2008, p. 58, citando el documento “An analysis of the Legal Liability of the Government of Japan for “Comfort Women Stations” Established During the Second World War” to the United Nations, Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict”, pp. 38-55, incluido como apéndice: “El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) conoció de algunos casos de violaciones y condenó a varios acusados por crímenes que incluían la violencia sexual. El Tribunal de Tokio sacó a la luz las atrocidades, incluyendo la violencia sexual, cometidas durante la “Violación de Nanking”. No obstante, este tribunal no fue capaz de enjuiciar a militares y miembros del gobierno por las más de 200.000 “mujeres de placer” (comfort women) víctimas de la esclavitud sexual durante la guerra”. Traducción de la autora.

⁵⁸² El apartado 2 f del artículo 7, regulador del crimen contra la humanidad aclara el alcance del término embarazo forzado, entendido como “el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica o con la intención de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”.

Fue precisamente la aplicación de estos Estatutos lo que permitió definir, por primera vez en el ámbito de la jurisprudencia internacional, la figura de la violación. Así, en el ya citado caso Akayesu, el TPIR describió la violación como “una invasión física de naturaleza sexual, realizada bajo circunstancias coercitivas⁵⁸³”. La sentencia añade además, que para que la violencia sexual pueda ser constitutiva de un crimen contra la humanidad, el acto tiene que ser cometido a) como parte de un ataque generalizado o sistemático; b) sobre la población civil; c) en base a una discriminación por motivos de nacionalidad, etnicidad, políticos, raciales o religiosos⁵⁸⁴.

Al condenar a Dragoljub Kunarac por crímenes de lesa humanidad de violación y esclavitud sexual, el TPIY subrayó la duración del cautiverio como prueba de que el acusado efectivamente ejercía un derecho de propiedad sobre la víctima⁵⁸⁵.

Sin embargo, si hay una Corte internacional que ha abordado de manera profunda la violencia sexual como crimen de lesa humanidad esa es la Corte Especial para Sierra Leona. En febrero de 2008, en una resolución sin precedente y controvertida por su potencial efecto contraproducente, la Sala de Apelación de este tribunal, dictó, por primera vez en la historia de la justicia penal internacional, una sentencia revocatoria de la dictada en primera instancia en la que reconocía el matrimonio forzado como un tipo autónomo subsumible en la categoría de “otros actos inhumanos” y potencialmente conformador de un crimen de lesa humanidad⁵⁸⁶. La decisión dictada por el órgano de

⁵⁸³ TPIR, Fiscal c. Akayesu...*supra* nota al pie 577, párr. 598, traducción de la autora. Esta definición es posteriormente adoptada por el TPIY en el caso Delalic... *supra* nota al pie 574, párr. 479.

⁵⁸⁴ *Id.* Es conveniente aclarar que si bien en el Estatuto del TPIR, la concurrencia de la discriminación era un elemento constitutivo del crimen de lesa humanidad, como ha sido comentado anteriormente, esta exigencia es una característica propia del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda que no se recoge en la regulación de este crimen internacional que hacen los Estatutos del resto de tribunales como el Estatuto del TPIY o el Estatuto de Roma.

⁵⁸⁵ Entre los ejemplos concretos a los que alude el tribunal para evidenciar este ejercicio del derecho de propiedad, se puede destacar la afirmación de exclusividad sobre la víctima (“reserved her for himself”) y las tareas domésticas que la víctima desempeñaba forzosamente (“do household chores”). Véase TPIR, Fiscal c. Kunarac...*supra* nota al pie 511, párr. 539. La referencia a estos dos hechos como prueba del sometimiento a una situación de esclavitud resulta sorprendente en tanto que coincide con los elementos definitorios del matrimonio forzado esgrimidos por la Sala de Apelación de la Corte Especial para Sierra Leona, seguidamente analizado.

⁵⁸⁶ Corte Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Brima, Kamara y Kanu, Sala de Apelación, caso núm. SCSL-2004-16-A, sentencia de 22 de febrero de 2008, párr. 202. Un año más tarde, el tribunal de primera instancia condenó a tres ex miembros del Frente Revolucionario Unido (RUF) por dos tipos distintos de crímenes de lesa humanidad: esclavitud sexual y otro acto inhumano en base al esquema de conducta que define al “matrimonio forzado”. Corte Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Sesay, Kallon y Gbao, Sala de Primera Instancia, caso núm. SCSL-04-15-T, sentencia de 2 de marzo de 2009, párr. 1293.

apelación anuló la previa resolución desestimatoria de la Sala de Primera Instancia, que había considerado que reconocer a la violencia sexual y a los actos de sometimiento acaecidos en Sierra Leona entre 1991 y 2001 un carácter autónomo y distinto del ya tipificado crimen de esclavitud sexual resultaría redundante, en tanto que los elementos eran plenamente coincidentes y este último crimen ya estaba contemplado en el artículo 2.g del Estatuto. La trasgresora decisión revocatoria de la Sala de Apelación se basó en la apreciación de los argumentos de la Fiscalía que, sosteniendo que la víctima del matrimonio forzado solo podía ser resarcida si se tenía en cuenta el daño psicológico inherente y exclusivo a ser convertida en una “bush wife”⁵⁸⁷, defendió la creación del crimen de “matrimonio forzado” como subcategoría autónoma de “otros actos inhumanos”⁵⁸⁸.

Esta innovación jurídica ha sido objeto de un crítico análisis por la autora Jennifer Gong-Gershowitz, que considera la introducción de esta nueva figura como perjudicial para las víctimas en tanto que, al incorporar rasgos consustanciales a la figura del matrimonio a la propia definición del tipo, se establece una distinción que según la autora, no debería acaecer entre el mismo y la esclavitud sexual: “En el contexto de los conflictos armados, los tribunales penales internacionales deben abstenerse de validar concepciones discriminatorias del matrimonio que contribuyan a la violencia y llamarlo por su nombre - esclavitud sexual o esclavitud”⁵⁸⁹. Por otro lado, las figuras de la

⁵⁸⁷ Término ampliamente extendido para referirse a aquellas mujeres víctimas de esclavitud sexual en contextos bélicos a cuya situación se intenta dotar de una apariencia de legalidad mediante el recurso a la figura del matrimonio. GONG-GERSHOWITZ, J., “Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity?”, *Northwestern Journal of International Rights*, vol. 8, núm. 1, otoño de 2009, p. 56.

⁵⁸⁸ Corte Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Brima, Kamara y Kano, Sala de Primera Instancia, caso núm. SCSL-04-16-T, sentencia de 20 de junio de 2007. En este sentido, la Fiscalía propuso una definición del matrimonio forzado que justificara su consolidación como tipo distinto de la esclavitud sexual, párr. 701: “(...) consiste en palabras u otras conductas dirigidas a dotar una situación del estatus de matrimonio por la fuerza, o amenaza de uso de la fuerza o coerción, como el miedo a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra la víctima o confiriendo ese estatus aprovechándose de un entorno coercitivo”. Traducción de la autora.

⁵⁸⁹ GONG-GERSHOWITZ, J., “Forced Marriage: A “New” Crime Against...*op cit.*, pp. 53-76. Traducción de la autora. Gong-Gershowitz realiza una clarificadora crítica de esta innovadora decisión que incorpora el “matrimonio forzado” como nuevo tipo de crimen de lesa humanidad y de los inconvenientes en términos de inseguridad jurídica, ambigüedad y desprotección inherentes a su aplicación: “(...) mediante la distinción entre crimen de matrimonio forzado y crimen de esclavitud sexual, la Sala de Apelación (de la Corte Especial para Sierra Leona) genera el irónico efecto de minimizar la violencia sexual y la esclavitud, que eran las características principales de los matrimonios forzados en el conflicto de Sierra Leona” (p. 54). También subraya el efecto mitigador que la decisión revocatoria del órgano de apelación ha tenido sobre la que podría haber sido la primera condena por esclavitud sexual dictada por un tribunal penal internacional: “(...) al concentrarse en los elementos no

violación y de la tortura pueden coincidir en tanto que la violación puede llegar a ser constitutiva de tortura, siempre que concurran en el acto de la misma los elementos propios de la tortura⁵⁹⁰. Así lo han reconocido sentencias dictadas por distintos organismos de carácter internacional como el TPIY en el caso Mucic⁵⁹¹ y regional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵⁹² o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁹³.

sexuales del matrimonio forzado para justificar el reconocimiento de un nuevo tipo, la Sala de Apelación pasó por alto la trascendencia de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia en tanto que habría sido la primera condena por el delito de esclavitud sexual dictada por un tribunal penal internacional”. (p.71). En las recomendaciones, Gong-Gershowitz propone un enfoque alternativo y más garantizador para las víctimas, consistente en la apreciación de la etiqueta de “esposa” como una prueba de dominación: “La calificación de las mujeres y niñas como “esposas” puede introducirse como prueba de la voluntad de expresar propiedad, dominación o control en lugar de considerarlo una prueba de la intención de dotar a la situación de un “estatus conyugal”, que implica beneficios y obligaciones recíprocas totalmente ausentes aquí”. Traducción de la autora.

⁵⁹⁰ Así lo reconocía el Relator Especial contra la Tortura en su primer informe, Comisión de Derechos Humanos, “La Cuestión de los derechos humanos de todas las personas detenidas o encarceladas, en concreto: la tortura y otros tratos o castigos inhumanos o degradantes”, Informe del Relator Especial, D. Nigel S. Rodley, doc. NU: E/CN.4/1992/SR.21, de 12 de enero de 1995, párr. 119. Véase también: Comisión de Derechos Humanos, “Formas contemporáneas de esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado”, Informe final presentado por la Relatora Especial, D^a. Gay J. McDougall, Doc NU: E/CN.4/Sub.2/1998/13 de 22 de junio 1998, párr. 55.

⁵⁹¹ TPIY, Fiscal c. Delalic...*supra* nota al pie 574, párrs. 494-497.

⁵⁹² Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos núm. 5/96, Asunto Fernando y Raquel Mejía c. Perú, Caso núm. 10.970 de 1 de marzo de 1996, pp. 18-20. En este caso, la Comisión reconoce que en la violación de Raquel Mejía por un miembro de las fuerzas de seguridad de Perú concurren los requisitos necesarios para calificarla como tortura en tanto que 1. Se le infligió un abuso físico y mental; 2. Se cometió de manera intencionada con el fin de castigarla personalmente e intimidarla y 3. El acto fue cometido por un oficial público en tanto que se cometió por un miembro de las fuerzas de seguridad del Estado de Perú.

⁵⁹³ TEDH, Asunto Aydin c. Turquía, sentencia de 25 de septiembre de 1997, solicitud núm. 57/1996/676/866. En este caso, el Tribunal realiza un óptimo esfuerzo clarificador y sistematizador de los criterios a considerar para poder estimar la concurrencia de un acto de tortura y concluye que, en el presente caso, se dan los requisitos para calificar el acto de la violación como un acto de tortura. Véase párr. 82: “Para determinar si un tipo de maltrato puede ser calificado como tortura, se debe atender a la distinción realizada en el artículo 3 entre este concepto y el concepto de trato inhumano o degradante. Esta distinción parecería estar incluida en la Convención para poder marcar con el efecto estigmatizador de la tortura ciertos tratos inhumanos especialmente graves y crueles”; párr. 86: “Partiendo de este presupuesto, la Corte considera probado que el conjunto de actos de violencia física y mental y el especialmente cruel acto de la violación sufridos por la demandante son constitutivos de tortura, en violación del artículo 3 de la Convención. La Corte habría llegado a la misma conclusión de haber analizado separadamente los citados actos”. Traducción de la autora. Se puede inferir del análisis contenido en este apartado que los subtipos de tortura y violencia sexual pueden llegar a coincidir en un solo acto, fenómeno que afecta también, como se ha ido viendo y se verá, a otros subtipos del crimen de lesa humanidad.

La sentencia condenatoria de Thomas Lubanga Dyilo, histórica por ser la primera sentencia dictada por la CPI, considera al Ex comandante jefe de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) culpable del crimen de guerra consistente en el reclutamiento de niños soldado entre septiembre de 2002 y agosto de 2003. Esta sentencia aborda de manera tangencial la cuestión de los abusos sexuales sufridos por las niñas-soldado, en tanto que aunque se refiere a los testimonios de algunas de las víctimas en los que se afirma que las niñas-soldado fueron víctimas de violencia sexual perpetrada por miembros del FPLC, el tribunal no considera probado el hecho de que estos abusos formaran parte del plan dirigido por Lubanga, así como tampoco considera probado el que Lubanga ordenara, fomentara o tuviera conocimiento de estos hechos⁵⁹⁴.

5.1.1.2.8. La persecución como crimen de lesa humanidad (7.1.h)

En el año 2001, el TPIY puso de manifiesto a través del caso Todorovic que la persecución era un “concepto paraguas” bajo el cual se podían cometer otros crímenes contra la humanidad⁵⁹⁵. La persecución como crimen de lesa humanidad se caracteriza fundamentalmente por tres elementos. En primer lugar, exige la concurrencia de un acto discriminatorio. En segundo lugar, este acto tiene que basarse en la pertenencia de las víctimas a un grupo, y en tercer lugar, el acto de persecución tiene que estar dirigido a causar, y resultar en, una violación del disfrute de un derecho básico o fundamental de un individuo⁵⁹⁶.

Ya en Núremberg, el escrito de acusación se refirió a la persecución basada en motivos políticos, raciales o religiosos como un crimen de lesa humanidad⁵⁹⁷. No obstante, a

⁵⁹⁴ CPI, Fiscal c. Lubanga, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICC-01/04-01/06, sentencia de 10 de julio 2012, párrs. 60-76. Entre los hechos acaecidos descritos por los testigos cabe destacar la esclavitud sexual y el embarazo forzado.

⁵⁹⁵ TPIY, Fiscal c. Todorovic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-9/1, sentencia de 31 julio 2001, párr. 32. En este sentido es posible combinar la persecución con la exterminación o deportación para dictar una condena por un crimen de lesa humanidad que no solo tenga en cuenta el delito de exterminación sino la intención “persecutoria” del crimen.

⁵⁹⁶ Véase MURRAY, A.R.J, “Does International Criminal Law Still Require a “Crime of Crimes”?...*op. cit.*, pp. 596-597.

⁵⁹⁷ Tribunal Militar Internacional de Núremberg, escrito de acusación, Cargo 4 (B), 6 de octubre de 1945. Disponible aquí. Consultado el 30/10/2013.

nivel jurisprudencial, la configuración moderna de la persecución no se desarrolló hasta 1995, a través del caso Tadic, en el que, entre otras cosas, se subrayó el carácter no exhaustivo de la lista de actos que podrían ser constitutivos de persecución:

“A pesar de que no existe, en el derecho consuetudinario, una lista exhaustiva de actos que pueden ser constitutivos de persecución, generalmente se reconoce que, independientemente de los actos enumerados, solo es necesaria la comisión de uno de ellos para incurrir en persecución⁵⁹⁸”.

La doctrina también se ha pronunciado al respecto. Así, y en la línea esbozada por el TIPY, autores como Zahar y Sluiter se refieren a la persecución como una noción aglutinadora: “Es la noción que surge de la concurrencia de crímenes de menor gravedad, como los ataques a la población civil, las detenciones ilegales, el trato cruel y traslado forzado de civiles (...)”⁵⁹⁹.

Por otro lado, el experto internacional Cherif Bassiouni propone la siguiente definición del referido crimen, en la que se enfatiza el carácter definitorio de la autoría estatal en el acto de persecución, exigencia que, como se ha visto ha sido superada por los tribunales internacionales para la estimación de la concurrencia de un crimen de lesa humanidad:

“Política o acción del Estado dirigida a acosar, atormentar, oprimir a los individuos o medidas discriminatorias diseñadas para o que probablemente producirán sufrimiento mental o físico o daño económico por las creencias, opiniones o pertenencia de la persona a un grupo identificable (religioso, social, étnico, lingüístico...etc.), o simplemente porque el agresor escogió una categoría de víctimas por una razón particular para él⁶⁰⁰”.

Otros actos no incluidos en el Estatuto para la Antigua Yugoslavia pueden ser constitutivos de persecución si pretenden someter a individuos o grupos de individuos a

⁵⁹⁸ Véase TPIY, Fiscal c. Tadic....*supra* nota al pie 523, párr. 712. Traducción de la autora. La necesidad de establecer, caso por caso, si un acto puede ser considerado persecutorio se afirma también en el caso TPIY, Fiscal c. Vasiljevic....*supra* nota al pie 543, párr. 246.

⁵⁹⁹ ZAHAR A. and SLUITER G., *International Criminal Law...op. cit.*, p. 198.

⁶⁰⁰ BASSIOUNI, M.C., *Crimes Against Humanity in International Law...op. cit.*, p. 317.

un tipo de vida en la que el disfrute de sus derechos básicos les sea denegado constantemente:

“(…) la persecución puede adquirir numerosas formas, siempre que el elemento común de discriminación con respecto al disfrute de un derecho fundamental esté presente, y la persecución no exige necesariamente un elemento físico. Hay sin embargo, un límite a los actos que pueden ser constitutivos de persecución en el marco de los crímenes de lesa humanidad. (...) La réplica de la Fiscalía ante el Tribunal de Núremberg ha sido interpretada en el sentido de que hace referencia a la privación económica por motivos personales, y las conclusiones del Tribunal de Núremberg caracterizando ciertos actos de discriminación económica como persecución apoyan la conclusion de que las medidas económicas de carácter personal, frente a las de carácter industrial, pueden ser constitutivas de actos de persecución. Los hallazgos en el caso Eichmann confirman esta conclusión⁶⁰¹”. También los actos de naturaleza judicial pueden ser constitutivos de persecución según este Tribunal⁶⁰².

Incluso los tratos considerados crueles, inhumanos o degradantes pueden ser constitutivos de crimen de lesa humanidad en tanto que persecución. Así lo evidencia la sentencia dictada en el caso Popovic, que sentó un importante precedente en la jurisprudencia internacional al calificar de trato cruel e inhumano, y por ende de persecución, la angustia sufrida por las víctimas en los momentos inmediatamente anteriores a su inminente ejecución⁶⁰³. El razonamiento jurídico en el que se basa esta afirmación coincide con el utilizado en el referido caso Soering. En este procedimiento, el TEDH dictaminó que la entrega del ciudadano alemán Jens Soering a la justicia norteamericana supondría la violación del artículo 3 del CEDH en tanto que al estar imputado por un delito por el que se le podría imponer la pena de muerte en este país, su

⁶⁰¹ Véase TPIY, Fiscal c. Tadic...supra nota al pie 523, párr. 707. Traducción de la autora.

⁶⁰² Unos párrafos más adelante, el Tribunal afirma que el acto de persecución “encompasses a variety of acts, including, inter alia, those of a physical, economic or judicial nature, that violate an individual’s right to the equal enjoyment of his basic rights”. *Id.*, párr. 710.

⁶⁰³ TPIY, Fiscal c. Popovic...supra nota al pie 555, párr. 994.

extradición le expondría a un grave riesgo de sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶⁰⁴.

Una de las últimas sentencias dictada por el TPIY, condena al asistente del Comandante de Seguridad e Inteligencia del ejército serbo-bosnio, Zdravko Tolimir, a cadena perpetua por los delitos de genocidio, conspiración para cometer genocidio, y crímenes de lesa humanidad mediante el exterminio, el asesinato, las persecuciones y los traslados forzosos. Al analizar la perpetración de actos constitutivos de persecución, el tribunal subraya el requisito de la naturaleza discriminatoria del *actus reus* mediante el cual se perpetra el crimen de lesa humanidad, para después abordar la gravedad de la violación o denegación del derecho humano que se exige para poder calificar este acto como tal. En este sentido, se alude a los criterios establecidos en el derecho consuetudinario y en el derecho convencional⁶⁰⁵.

Por último, conviene reconsiderar el instrumento que constituye la fuente principal a partir de la cual se ha desarrollado el derecho consuetudinario regulador del crimen de lesa humanidad, el artículo 6.c de la Carta para el Tribunal Militar Internacional creado

⁶⁰⁴ TEDH, Asunto Soering c. Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989, solicitud núm. 14038/88. DUGARD, J., y VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights...*op cit.*”, p. 198, citando el caso Soering, traducción de la autora: “En Soering, el TEDH sostuvo que, por el largo período de tiempo que Soering, presumiblemente, pasaría en el corredor de la muerte en Virginia en condiciones duras, con la constante y creciente angustia de la espera para la ejecución, su extradición a los Estados Unidos le expondría a un riesgo real de ser sometido a tratos que superan el umbral marcado por el artículo 3 del CEDH prohibiendo los castigos inhumanos o degradantes”, Este razonamiento fue confirmado posteriormente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso Ng c. Canadá, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Ng c. Canadá, Comunicación núm. 469/1991 de 7 de enero de 1994. En esta dirección véase la resolución dictada por la AG el 19 de noviembre de 2012 instando a la declaración de una moratoria internacional en la aplicación de la pena de muerte. En el ámbito doctrinal, cabe destacar el trabajo de Luis Arroyo Zapatero, uno de los académicos que con más firmeza ha luchado por la abolición de la pena capital. ARROYO ZAPATERO, L., “El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte” en *Contra el espanto. Por la abolición de la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Para un interesantísimo estudio de la evolución del pensamiento abolicionista de la pena de muerte en España, véase el recientemente publicado *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ed. RODRÍGUEZ YAGÜE, Coord. GARGALLO VAAMONDE, L., Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

⁶⁰⁵ TPIY, Fiscal c. Tolimir, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-05-88/2-T, sentencia de 12 de diciembre de 2012, párr. 848: “Para que un acto u omisión pueda ser calificado como crimen de persecución, ha de ser constitutivo de una denegación grave y flagrante de un derecho humano recogido en el derecho convencional o consuetudinario, alcanzando la misma gravedad que otros actos u omisiones prohibidas en el artículo 5, bien sean evaluados de manera aislada o conjuntamente con otros actos”. Traducción de la autora.

tras la 2GM (el Acuerdo de Londres)⁶⁰⁶. Tal y como argumenta el profesor Cassese, este artículo recoge la prohibición de dos categorías distintas de crímenes: (i) actos inhumanos como el asesinato, el exterminio, la esclavitud y la deportación de cualquier población civil y (ii) la persecución basada en motivos religiosos, raciales o políticos. Este segundo apartado, al no limitar la categoría de potenciales víctimas del crimen de lesa humanidad a la población civil, implícitamente reconoce que el personal militar también puede sufrir el delito de persecución. Cassese confirma que la construcción de esta regulación, estuvo dirigida a amparar al personal militar de posibles actos de persecución perpetrados por el enemigo, por los aliados o por las mismas autoridades militares de la víctima y fue confirmada jurisprudencialmente por los tribunales holandeses y franceses en los casos Pilz y Barbie y Touver respectivamente⁶⁰⁷. Sin embargo, aunque estos supuestos de potencial indefensión del personal militar siguen encontrando amparo en el derecho consuetudinario, la regulación del crimen de lesa humanidad recogido en el artículo 7 del Estatuto de Roma positiviza una fórmula más restrictiva en tanto que excluye al personal militar como potencial víctima de un delito de persecución⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Naciones Unidas, Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg – Anexo al Acuerdo para el enjuiciamiento y castigo de los mayores criminales de guerra del Eje Europeo ("London Agreement"), 8 agosto de 1945. Disponible [aquí](#). Consultado el 31 de enero de 2013.

⁶⁰⁷ CASSESE, CASSESE, A., *International Criminal Law...op cit.*, pp. 89-90.

⁶⁰⁸ Para un análisis de la aplicación jurisprudencial del subtipo "persecución" por el Tribunal Internacional de Timor Oriental, véase LIÑÁN LAFUENTE, A., "La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el tribunal híbrido internacional de Timor Oriental", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 12, núm. 2, 2008. Del mismo autor, también es interesante consultar su trabajo sobre el desarrollo de la subcategoría objeto de este epígrafe en el TPIY y el TPIR. LIÑÁN LAFUENTE, A., "La construcción del crimen de persecución en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 2, 2008, pp. 103-145.

5.1.1.2.9. Las desapariciones forzadas como crímenes contra la Humanidad⁶⁰⁹ (7.1.i)

La inclusión específica de las desapariciones forzadas como subtipo de crimen de lesa humanidad representa una innovación expansiva del Estatuto de Roma con respecto al derecho internacional general.

Según la Comisión de Derecho Internacional, esta decisión responde fundamentalmente a la apreciación de su extrema gravedad y crueldad⁶¹⁰.

El Estatuto de Roma define la desaparición forzada en los siguientes términos:

“Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

⁶⁰⁹ La magnitud del fenómeno de la desaparición forzada ha dado lugar a numerosos estudios sobre experiencias concretas. Véase, entre otros, el estudio sobre la experiencia de Argentina y Honduras realizado por J.P. Gallego. GALLEGO, J.P., *La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2007. Se trata además de un fenómeno que, por desgracia sigue siendo de gran actualidad y que maneja cifras escalofriantes. En México, en 2013, el Gobierno reconoció que el número de desaparecidos rondaba las 26.000 personas, Siria ya cuenta con 28, 000 personas desaparecidas y en España, tras su reciente visita, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, manifestó su preocupación por la magnitud del fenómeno de las desapariciones forzadas que tuvieron lugar en nuestro país durante la Guerra Civil y la Dictadura, lo cual se desprende del tono de algunas de sus observaciones finales: “(...) Otros importantes desafíos persisten en España. El Grupo de Trabajo desea llamar la atención especialmente sobre el limitado alcance de la Ley de Memoria Histórica y la carencia de presupuesto para su implementación, la vigencia de la Ley de Amnistía, la impunidad para todos los casos de desapariciones forzadas, la ausencia de un delito autónomo de desaparición forzada, la falta de una ley de acceso a la información y la dificultad para acceder a los archivos, la carencia de un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas, entre otros. El Grupo de Trabajo subraya que los derechos procesales a una investigación, a la verdad y a la justicia son igualmente fundamentales para la percepción de reparación de las víctimas. Incluso, en algunos casos, el proceso de verdad y justicia puede constituir en sí mismo una forma de reparación. (...)”. Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España, 13 de septiembre de 2013. Disponible aquí. Consultado el 30/10/2013.

⁶¹⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, sobre el trabajo de su 48º período de sesiones, 6 de mayo-26 de julio de 1996, Doc NU: A/51/10, comentario al artículo 18, párr. 15.

Con carácter previo a la constitución de la CPI, la Asamblea General de las Naciones Unidas había adoptado la Declaración para la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas⁶¹¹. A nivel regional, la Organización de Estados Americanos se había adelantado, dictando sendas resoluciones en las que afirmaba la potencial consideración de la desaparición forzosa como crimen de lesa humanidad⁶¹². De esta tendencia imperante tanto a nivel internacional como regional la doctrina ha deducido, de manera consensuada, que la inclusión del artículo 7.1.i en el Estatuto de Roma venía a cristalizar una costumbre internacional emergente que criminaliza la desaparición forzada generalizada o sistemática como crimen de lesa humanidad⁶¹³. Sin embargo, a pesar de este aparente acuerdo en torno a su naturaleza de crimen internacional, existen variaciones en relación al elemento subjetivo del tipo, es decir, al sujeto que comete la violación. El Estatuto de Roma se presenta en este ámbito como innovador, incluyendo en su definición del crimen a actores no estatales, alejándose así de la configuración subjetiva del tipo recogido hasta ahora en las citadas Declaraciones y Convenciones internacionales y regionales que han regulado este fenómeno, limitando la potencial comisión de este crimen a agentes del Estado o grupos que actúen “con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”.

A la luz de esta tendencia, la doctrina ha concluido que son tres los elementos comunes y definitorios de este fenómeno mientras que hay un cuarto que no lo es. Entre los primeros, Manero Salvador enumera la privación de libertad, la denegación de información y la sustracción de la protección de la ley. El cuarto elemento, tal y como

⁶¹¹ AG, Declaración para la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas de 18 de diciembre de 1992, Doc. NU: A/RES/47/133.

⁶¹² Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Doc. OAS: AG/Res. 666 (XIII-0/83), de 18 de noviembre de 1983, párr. 4. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

⁶¹³ ANDERSON, K., "How Effective is the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?" *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, 2006, p. 245. En esta línea, Anderson subraya que la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la CPI cobra en este caso una notoria importancia en tanto que estas desapariciones forzadas se suelen prolongar extensamente o de manera indefinida en el tiempo.

se ha avanzado, se refiere al elemento subjetivo y no es, en absoluto, una cuestión pacífica⁶¹⁴.

Por un lado, la Declaración, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994⁶¹⁵ y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006⁶¹⁶ se refieren exclusivamente a la comisión de este tipo por parte de agentes gubernamentales o grupos que actúen con la autorización, aquiescencia o apoyo del Estado. Por otro lado, el Estatuto de Roma, por primera vez incluye como posible sujeto activo a la organización política⁶¹⁷. A pesar de la aparente discrepancia entre las dos regulaciones, algunos autores han señalado que la articulación de la desaparición forzada en la Convención Internacional podría, por su laxitud, seguir el camino marcado por el Estatuto de Roma, superando así el tenor literal de la Declaración⁶¹⁸.

En este sentido, el análisis sobre la posibilidad de reinterpretar el elemento subjetivo de la desaparición forzada en el sentido del Estatuto de Roma, es decir, incluyendo a las organizaciones políticas como posibles perpetradoras de este crimen, se basa en la controvertida redacción del artículo 3 de la Convención: “Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”.

⁶¹⁴ MANERO SALVADOR, A., “Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas...*op cit.*, pp. 109-110.

⁶¹⁵ Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

⁶¹⁶ Adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006.

⁶¹⁷ Lo cual implica que la CPI podrá conocer de desapariciones forzadas que sean constitutivas de crímenes de lesa humanidad cometidas también por organizaciones políticas. Sobre la forma en la que se prevé que la CPI gestione esto ver LINGHAMMAR, P. “Time for Enforced Disappearance to Disappear. A Study of the International Legal Instruments Addressing Enforced Disappearance”, segundo artículo del trimestre, *Human Rights Studies*, otoño 2008, p. 15.

⁶¹⁸ MANERO SALVADOR, A., “Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas...*op cit.*, pp. 5-6; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. “La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la «Ley de Memoria Histórica»”, *Foro, Nueva época*, núm. 7, 2008, pp. 23- 24.

Esta interpretación expansiva no cuenta, sin embargo, con el apoyo del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas que considera la desaparición forzada un “delito de Estado”, a diferencia de los “secuestros” que se atribuyen a agentes no estatales, redes criminales o guerrilleros⁶¹⁹.

Por todo lo anterior, resulta evidente que la determinación del elemento subjetivo configurador de la desaparición forzada en el ámbito del derecho internacional es fundamental a los efectos de esta investigación. En tanto que el enfoque seguido en este trabajo se concentra en el papel de los tribunales nacionales para conocer de crímenes de lesa humanidad, es absolutamente necesario determinar qué sujetos pueden ser considerados como autores de este crimen según el derecho internacional. La extensión del tipo subjetivo a la “organización política” en el Estatuto de Roma no basta, *per se*, para concluir que esta expansión se ha consolidado como derecho consuetudinario, especialmente a la luz de la aludida existencia de posiciones contrapuestas.

Es importante tener en cuenta en este ámbito que el riesgo de impunidad que corre esta categoría está mitigado con respecto a otros tipos de crímenes contra la humanidad en tanto que la desaparición forzada, siempre y cuando cumpla con los requisitos de esta figura, puede ser calificada como tortura⁶²⁰. Por consiguiente, puede quedar amparada por la protección contenida en la Convención que incorpora, como herramienta procesal de lucha contra la impunidad en este ámbito, la obligación de extraditar o juzgar⁶²¹.

⁶¹⁹ Ver Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre la situación en Colombia, Comisión de Derechos Humanos de NU, 62º período de sesiones, “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, Cuestión de las desapariciones forzadas e involuntarias”, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, Doc NU: E/CN.4/2006/56/Add.1. de 17 de enero de 2006, párr. 48.

⁶²⁰ Por un lado, el Comité contra la Tortura no ha afirmado de manera tajante que la desaparición forzada *per se* constituya un acto de tortura. Por otro lado, el Relator Especial sobre Tortura, Nigel Rodley reconoce que la detención prolongada en régimen de incomunicación puede ser calificada como tortura. Véase AG, 56º sesión, “La cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, doc NU: A/56/156 de 3 de julio de 2001, párr. 11. En este sentido también se ha pronunciado el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Véase Comisión de Derechos Humanos de UN, sesión 39º, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada o Involuntaria, U.N. Doc. E/CN.4/1983/14, de 21 de enero de 1983, párr. 133.

⁶²¹ Artículo 5.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984.

5.1.1.2.10. Apartheid (7.1.j)

La incorporación del apartheid como subcategoría específica de crímenes de lesa humanidad también representa otro ejemplo de la política expansiva del Estatuto regulador de la Corte Penal Internacional. Siendo el caso de Sudáfrica el referente por antonomasia de este crimen, conviene traer a colación aquí los razonamientos esgrimidos por la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación al contestar a la pregunta de si el apartheid es constitutivo de un crimen de lesa humanidad⁶²².

En efecto, en el Informe oficial presentado al Presidente sudafricano, Nelson Mandela, el 29 de octubre de 2008, la Comisión, liderada por el también premio Nobel de la Paz, Desmond Tutu, respondió afirmativamente a esta pregunta y previa aclaración de que su reconocimiento no implicaba un llamamiento a la apertura de procesos penales para su enjuiciamiento, trazó una distinción entre los dos niveles a los que se podía aplicar el crimen de lesa humanidad en la situación sudafricana: el apartheid como sistema y los actos concretos constitutivos de graves violaciones de los derechos humanos enmarcables en este patrón de abuso sistemático⁶²³. Para la calificación del sistema vigente en Sudáfrica entre 1961 y 1992, como crimen de lesa humanidad, la Comisión se apoya en la declaración del apartheid como tal por parte de las Naciones Unidas y los Tribunales Internacionales⁶²⁴. Al abordar la calificación de actos concretos cometidos en este contexto como crímenes de lesa humanidad, la Comisión abandona el marco jurídico ofrecido por el apartheid y se aventura a sugerir la calificación de los hechos acaecidos como crímenes de lesa humanidad en tanto que subsumibles en las

⁶²² Informe de la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación, vol. 1, 29 de octubre de 1998. Todos los volúmenes que componen este Informe están disponibles [aquí](#).

⁶²³ *Id.*, párr. 4.

⁶²⁴ Así, entre las primeras, se hace referencia a numerosas resoluciones de la AG, el C°S, la Convención contra el Apartheid de 1973 y el Proyecto de Código del Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad; entre los pronunciamientos de los tribunales internacionales, cabe destacar la alusión que la comisión hace a asuntos como el célebre Barcelona Traction o el asunto de las Consecuencias Legales para los Estados de la Presencia Continuada de Sudáfrica en Namibia, ambos ante el TIJ o los pronunciamientos del TPIY en el caso Tadic. (párrs. 6-20). Tratándose este de un subtipo localizado y bastante menos frecuente, no ha sido objeto de desarrollo y definición más extensa por parte la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.

subcategorías de “persecución” y “otros actos inhumanos”, pero sin entrar en ningún momento a dar ejemplos concretos de ello⁶²⁵.

La cuestión del apartheid como crimen de lesa humanidad también ha sido tratado por mundo académico⁶²⁶, que recientemente se ha visto sacudido por un debate sobre si concurren, en la situación de los palestinos en Cisjordania, la Franja de Gaza y Jerusalén, los requisitos necesarios para sostener jurídicamente que Israel está manteniendo en estos territorios una situación de apartheid como consecuencia de las políticas implementadas⁶²⁷.

5.1.1.2.11. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (7.i.k)

La categoría de “otros actos inhumanos de carácter similar” se presenta como un subtipo aglutinador en tanto que, como la persecución, tiene la capacidad de amparar actos no incluibles en otras categorías, siendo al mismo tiempo lo suficientemente graves como para quedar incluidos en el tipo de crímenes de lesa humanidad. Tal y como se desprende del enunciado de este subapartado, el Estatuto de Roma define los “otros actos inhumanos” como aquellos que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

⁶²⁵ *Id.*, párrs. 26-30. La decisión de la Comisión de no entrar en más detalle en la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad en tanto que subsumibles en las subcategorías de persecución u otros actos responde al principio reconciliador que inspira la propia creación de este mecanismo y que aboga por dar respuesta no judicial a los hechos acaecidos.

⁶²⁶ SLYE, R.C., “Apartheid as a crime against humanity: a submission to the South African Truth and Reconciliation Commission”, *Mich. J.Intl’L.*, vol. 20, 1998-1999, p. 267.

⁶²⁷ DUGARD, J., y REYNOLDS, J., “Apartheid, International Law, and the occupied Palestinian territory”, *EJIL*, vol. 24, núm. 3, 2013, pp. 867-913. La respuesta al provocativo análisis de los autores no se ha hecho esperar. Véase ZILBERSHATS, Y., “Apartheid, International Law, and the occupied Palestinian territory: a reply to John Dugard and John Reynolds”, *EJIL*, vol. 24, núm. 3, 2013, pp. 915-928. Este autor defiende que la tesis de los sus interlocutores es insostenible porque se apoya sobre dos grandes errores: el fracaso a la hora de distinguir entre las normas que rigen en un territorio soberano y en un territorio ocupado y el fracaso a la hora de considerar las políticas adoptadas por Israel en el contexto de un conflicto armado caracterizado por el uso del terror por parte de los Palestinos.

La crítica principal a la que se enfrenta este subtipo es la de vaguedad, característica que potencialmente podría chocar con el principio *de nullum crime sine lege*⁶²⁸. En este sentido, se pueden encontrar voces en la doctrina internacionalista que abogan por aplicar una metodología interdisciplinar para averiguar el significado del término “inhumano”⁶²⁹. Esta metodología permitiría, según Bernhard Kuschnik, responder a la pregunta de por qué y cuándo debe ser un acto considerado inhumano y superaría las limitaciones impuestas por el estricto corsé normativo establecido por los redactores del Estatuto de Roma⁶³⁰.

Partiendo del reconocimiento de que los términos legales que subyacen al crimen de lesa humanidad (humanidad, dignidad humana) tienen un fuerte componente ético, la relevancia de atender al estudio de las tradiciones filosóficas y de otras disciplinas como la antropología para su definición resulta evidente, aunque no suficiente⁶³¹.

Por otro lado, la jurisprudencia internacional ha dado algunos pasos hacia la concreción del alcance y contenido de este enunciado. La inclusión de los ataques contra la dignidad humana en la definición de “otros actos inhumanos” constitutivos de crímenes de lesa humanidad por parte de los tribunales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda es

⁶²⁸ VAN SCHAAK, B., “The Definiton of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1998-1999, p. 787, p.840.

⁶²⁹ Acerca de imposibilidad de explicar el elemento de inhumanidad que se encuentra en la base de este crimen internacional exclusivamente con principios y normas jurídicas véase LUBAN, D., “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2004, p. 85, p. 101: “las atrocidades y humillaciones que se conciben como crímenes contra la humanidad son, en efecto, aquellas que nos revuelven el estómago, y no existe un principio que explique qué es lo que nos revuelve las tripas”. Traducción de la autora.

⁶³⁰ KUSCHNIK, B., “Humaness, Humankind and Crimes Against Humanity”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010, p. 501, p. 505.

⁶³¹ *Id.*, p. 507. A la luz de la falta de desarrollo por parte de la jurisprudencia internacional y de la deficiente regulación de esta categoría en el Estatuto de Roma, la solución ofrecida por este autor para delimitar su contenido resulta, desde un punto de vista práctico bastante convincente. Se refiere a la “teoría del espejo”, en virtud de la cual el derecho penal refleja los valores de la sociedad como guía para abordar esta empresa, pero dista de explicar cómo resolver los eternos debates filosóficos en torno al contenido y alcance de conceptos como la dignidad humana o la humanidad a través del enfoque interdisciplinar: “Hasta ahora, la restricción a un análisis normativo a la hora de definir el término “inhumano” se concretaba en un simple sentimiento y por ende, juicio arbitrario, de lo que debe ser considerado injusto y por ende, criminalizado. Mientras que el Tribunal Militar Internacional vinculó la responsabilidad penal del individuo a su comprensión del principio de derecho natural *malum in se*, (...) el TPIY y el TPIR no han dado explicaciones concretas. Resulta por tanto desconcertante que “otros actos inhumanos” sea una noción aceptada en el sentido jurídico de la que se puede inferir la responsabilidad penal. Desde este punto de vista, la inclusión de consideraciones inerdisciplinarias, no solo no reduce la previsibilidad del acusado en el caso de que hubiera cometido “otros actos inhumanos”, subsumibles en el crimen de lesa humanidad, sino que reduce la vaguedad a su favor”. Traducción de la autora.

un hito que no debe ser infravalorado⁶³². En este sentido, debe destacarse el caso Krnolejac, en el que el acusado es condenado por un crimen de lesa humanidad en virtud de la perpetración de actos inhumanos consistentes en la imposición de condiciones de vida inhumanas a las víctimas durante el período de tiempo en el que él era guardia en la prisión de KP Dom, incluyendo hacinamiento, aislamiento, desnutrición e imposición de condiciones insalubres⁶³³. En este caso, al abordar el elemento subjetivo, el Tribunal se refiere expresamente a la exigencia de la concurrencia mínima del *dolus eventualis*, es decir, el acusado debe tener conocimiento de que la conducta que lleva a cabo puede entrañar un ataque contra la dignidad de la persona y aceptar el riesgo de que ello ocurra⁶³⁴.

La contribución de la CPI a la dotación de contenido de este apartado es limitada y relativamente reciente. La primera vez que este tribunal abordó la interpretación de la categoría “otros actos inhumanos” fue en el auto de confirmación de cargos contra los rebeldes tutsis Katanga y Ngudjolo Chui en septiembre de 2008⁶³⁵, por los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra del Congo, que enfrentó, entre 1998 y 2002, a los rebeldes tutsis liderados por Kabila y apoyados por las tropas de Uganda y Ruanda, con el gobierno de Joseph Mobutu, que llegó al

⁶³² TPIR, Fiscal c. Kayishema...*supra* nota al pie 526, párr. 151; TPIR, Fiscal c. Bagilishema, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-95-1A-T, sentencia de 7 de junio 2001, párr. 91; TPIY, Fiscal c. Blaskic...*supra* nota al pie 512, párr. 240.

⁶³³ TPIY, Fiscal c. Krnolejac...*supra* nota al pie 550, párr. 490, en referencia a los hechos probados y descritos en los párrafos 133-168. Otros casos que han contribuido a dotar de contenido a la expresión “otros actos inhumanos de carácter similar” incluyen los casos Kayishema and Ruzindana, *supra* nota al pie 526, párr. 151-154 y Vasiljevic, *supra* nota al pie 543, párr. 234.

⁶³⁴ *Id.*, TPIY, Fiscal c. Krnolejac, *supra* nota al pie 135, párr.132, refiriéndose al caso Kayishema and Ruzindana, párr. 153; Aleksovski, TPIY, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-14/1-T, sentencia de 25 de junio de 1999, párr. 56. En este caso, el tribunal alude a la necesidad de introducir un elemento de objetividad a la hora de valorar si el acto es de la suficiente gravedad para atentar contra la dignidad humana de otra persona: “Consequently, an objective component to the *actus reus* is apposite: the humiliation to the victim must be so intense that the reasonable person would be outraged”. Más recientemente, el TPIY condenó a Zdravko Tolimir, ex Jefe de seguridad e inteligencia del ejército serbio-bosnio por crímenes contra la humanidad cometidos mediante exterminio, persecución y actos inhumanos a través del traslado forzoso. TPIY, Fiscal c. Tolimir, Sala II de Primera Instancia, caso núm. IT-05-88/2-T, sentencia de 12 de diciembre de 2012, párr. 803.

⁶³⁵ CPI, Fiscal c. Katanga y Ngudjolo, Sala de Cuestiones Preliminares I, Situación en la República Democrática del Congo en caso de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo, Auto de confirmación de los cargos de 30 de septiembre de 2008, Doc: ICC-01/04-01/07-717.

poder en 1965 mediante un golpe de Estado y que contaba con el apoyo de Zimbawe, Namibia y Angola. Sin embargo, a pesar del esfuerzo definitorio realizado, la Sala de Cuestiones Preliminares evitó entrar en la que sigue siendo la cuestión más controvertida de esta categoría, ya esbozada por los tribunales internacionales *ad hoc*: la consideración de los “ataques contra la dignidad humana” como potencialmente constitutivos de la categoría “otros actos inhumanos”⁶³⁶.

El caso más reciente, actualmente en fase de juicio oral⁶³⁷, es de la República de Kenia. El 23 de enero de 2012 se confirmaron los cargos contra el ex Primer Ministro de este país, Uhuru Muigai Kenyatta y el ex Jefe de Servicios Públicos y Secretario de la Oficina de la República de Kenia, Francis Kirimi Muthaura⁶³⁸. Ambos han sido acusados formalmente de haber perpetrado crímenes de lesa humanidad durante la crisis post-electoral en la que se vio inmersa Kenia entre 2007-2008 tras las elecciones del 27 de diciembre de 2007 y la subsiguiente proclamación de Mwai Kibaki como Presidente, calificada de fraudulenta por el partido de la oposición, el Movimiento Democrático Naranja, desatando así una ola de violencia que provocó muertes, desplazamientos y mucho sufrimiento.

A pesar de la invitación al Tribunal por parte de la Fiscalía a desarrollar el contenido y alcance del concepto de “dignidad humana”⁶³⁹, la Sala de Cuestiones Preliminares II se

⁶³⁶ La Sala de Cuestiones Preliminares defendió, en este auto una interpretación estricta y literal de la letra del Estatuto y de los Elementos del Crimen del Tribunal Penal Internacional, afirmando que este precepto no podía ser entendido como un cajón de sastre o “catch- all provision”. Esta interpretación restrictiva es criticada por KUSCHNIK, B., “Humaness, Humankind and Crimes...*op cit*, p.527: “The catch-all provision has always been seen as what it is: a clause that should only come into play when a subsumption under all of the other catalogue crimes turns out to be unsuccessful, or are of no greater legal specificity. “Catch all” in this sense was never intended to mean being “applicable without limits”, but was-ever since it was firstly used by the IMT-restricted by the principle of normative complementarity”.

⁶³⁷ A fecha de 30 de octubre de 2013 no ha habido mayores avances en el desarrollo del caso ante la CPI.

⁶³⁸ Los cargos contra Francis Kirimi Muthara fueron retirados el 18 de marzo de 2013 por falta de pruebas. CPI, Fiscal c. Muthauru y Kenyatta, caso núm. ICC-01/09-02/11-696. Auto mediante el cual se retiran los cargos contra D. Muthuara de 18 de marzo de 2013. En estos momentos, tal y como se ha adelantado en el capítulo I, la comunidad internacional está en vilo a la espera de ver cómo se desarrollan los acontecimientos ante la reciente retirada del instrumento de ratificación del Estatuto de Roma por parte de Kenia, como respuesta a la imputación de su Primer Ministro. Se trata, sin lugar a dudas, de un momento histórico sin precedentes, del cual la CPI puede salir tanto reforzada como muy debilitada.

⁶³⁹ En la vista de confirmación de cargos, la Fiscalía se pronunció en los siguientes términos: “The Prosecution also submits that the perpetrators inflicted great suffering, serious injury to mental and physical health by mutilating the bodies of individuals in front of their family members, destroying homes and businesses through acts of arson and looting personal properties. These acts were a serious violation of international human rights law and a *serious attack on human dignity* with implications for

resiste a tratar esta cuestión. Tras subrayar el carácter residual de esta provisión, la Sala afirma que la misma debe ser interpretada de manera conservadora evitando ser usada para expandir de forma poco rigurosa el ámbito de los crímenes de lesa humanidad. Así, reconoce la concurrencia de crímenes de lesa humanidad en virtud de la categoría “otros actos inhumanos” pero siempre a través de la valoración del daño físico y sufrimiento psicológico sufrido por la víctima. En relación a la circunscripción forzosa y la amputación del órgano sexual masculino, la Sala, tras descartar la naturaleza sexual de estos actos, reconoce su debida inclusión en “otros actos inhumanos” en atención a la gravedad de los mismos:

“La Sala considera que estos actos de grave daño físico causaron gran sufrimiento a las víctimas, de un carácter similar a los otros actos recogidos en el artículo 7.1. del Estatuto⁶⁴⁰”.

Por otro lado, este Tribunal, tras reconocer el gran sufrimiento mental provocado por los brutales asesinatos y mutilaciones perpetrados delante de los miembros de la familia de la víctima, reconoce que estos actos son subsumibles en esta categoría “paraguas” en tanto que son comparables en su naturaleza y gravedad a otros actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad⁶⁴¹.

Por último, la negativa a considerar la destrucción de la propiedad como subsumible en esta categoría en base al argumento de que no se presentan pruebas suficientes para concluir que la referida conducta causó “serios daños a la salud mental” confirma que, en la jurisprudencia de la CPI, la discusión en torno a los elementos definitorios de esta categoría se sigue manteniendo en el plano de los daños físicos y psicológicos, excluyéndose sistemáticamente la consideración de ataque a la dignidad humana⁶⁴².

the victims’ physical nad mental health”. (cursiva añadida),Public OurREcords, CPI, Fiscal c. Muthauru y Kenyatta, transcripción, doc: CC-01/09-02/11-T-5-Red-ENG de 22 de septiembre de 2011, p. 94 (línea 20) a p. 95 (línea 2).

⁶⁴⁰ CPI, Fiscal c. Muthauru y Kenyatta, Sala II de Cuestiones Preliminares, doc: ICC-01/09-02/11, Auto de confirmación de los cargos de 23 de enero de 2012, párr. 273.

⁶⁴¹ *Id.* párr. 277.

⁶⁴² A pesar de que de las resoluciones dictadas por la CPI en los casos analizados se podría deducir su falta de interés en entrar a definir el alcance y contenido del ataque contra la dignidad humana como elemento configurador de la categoría “otros actos inhumanos”, hay razones para creer en la posibilidad de que este concepto se vaya desarrollando jurisprudencialmente por parte del Tribunal internacional por antonomasia en un futuro. En este sentido, conviene poner de manifiesto que en la actualidad la CPI tiene

Es precisamente la amplitud de esta categoría la que permite considerarla como potencial herramienta para colmar el vacío jurídico existente en torno al crimen de agresión. El crimen consistente en el acto de iniciar una guerra fundamentó muchas de las sentencias dictadas en los Juicios de Núremberg. Sin embargo, después de estos juicios, la aplicación de este tipo quedó suspendida bajo el pretexto de que no existía consenso universal acerca de su definición, lo que provocó que fuera incluido dentro de los crímenes internacionales de competencia del CPI sin que éste pudiera, *de facto*, ejercer su jurisdicción sobre el mismo. Este problema no ha sido subsanado hasta la reciente Conferencia de Kampala en 2010⁶⁴³, cuyo éxito ha sido considerado modesto en tanto que, aunque se logró adoptar por fin una definición consensuada del crimen de agresión, se retrasó el ejercicio efectivo de la jurisdicción de la CPI al menos otros siete años. Este nuevo retraso ha determinado el surgimiento de nuevas corrientes doctrinales que proponen la utilización de la subcategoría “otros actos inhumanos de carácter similar” como mecanismo para colmar esta laguna jurídica y lograr el efectivo enjuiciamiento del crimen de agresión⁶⁴⁴.

La aplicación del principio *aut dedere aut judicare* a este subtipo resulta, en términos prácticos, muy problemática en tanto que el sistema surgido a raíz del Tratado de Westfalia basado en el Estado-soberano enfrenta al poder judicial independiente con el poder ejecutivo que, en aras del mantenimiento de las relaciones diplomáticas, con demasiada frecuencia da prioridad a la Realpolitik frente a la estricta aplicación del derecho internacional⁶⁴⁵. El reciente trabajo realizado por Máximo Langer sobre el rol

abiertos procedimientos en Uganda, Sudán y Costa de Marfil por crímenes internacionales entre los que se encuentran los crímenes de lesa humanidad perpetrados a través de la categoría objeto de este apartado: “otros actos inhumanos”. Véase Casos y Situaciones ante la CPI. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

⁶⁴³ Ferencz, B., “A New Approach to deterring illegal wars”, agosto de 2011, *B. Ferencz. Law. Not War*. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

⁶⁴⁴ *Id.*, Precisamente en este sentido, el Willem B. Harris Institute de la Universidad de Washington lanzó en 2012 un concurso jurídico en el que se formula la pregunta de cómo lograr procesar el crimen de agresión a través de la consideración del uso ilegal de la fuerza como “acto inhumano” y por ende constitutivo de crimen de lesa humanidad. Benjamin Ferencz Essay Competition.

⁶⁴⁵ Para una propuesta teórica sobre la posibilidad de aplicar el principio *aut dedere aut judicare* para procesar el crimen de agresión, véase SOSA NAVARRO, M., “A hybrid strategy to prosecute the waging of war”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. XVII, 2013.

de la política internacional en la persecución de las más graves violaciones del derecho constituye uno de los esfuerzos esclarecedores más importantes de los últimos tiempos sobre esta cuestión⁶⁴⁶. Mediante la presentación de casos concretos y la disección de los razonamientos jurídicos que subyacen a la admisión o inadmisión de los casos, Langer evidencia la estrecha relación que existe entre la diplomacia y la aplicación del principio de jurisdicción universal para la persecución de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, la tortura y el genocidio.

En cuanto a la metodología seguida, Langer lleva a cabo un exhaustivo análisis de todos los casos acaecidos entre 1961 (período que se inicia con el caso de Adolf Eichmann) y 2010⁶⁴⁷ en los que se ha solicitado la aplicación del principio de jurisdicción universal, para después abordar en profundidad la aplicación de este principio en cinco Estados europeos en los que varía el nivel de control del poder ejecutivo sobre el poder judicial. La hipótesis de partida es que la apertura de procedimientos y el enjuiciamiento basado en la aplicación del principio de jurisdicción universal para los más graves crímenes internacionales está fuertemente condicionado por dos factores: el coste político del enjuiciamiento del acusado⁶⁴⁸ y el control *de facto* que el poder ejecutivo tenga sobre la apertura del procedimiento.

⁶⁴⁶ LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction...*op. cit.*”

⁶⁴⁷ La investigación detectó un total de 1051 casos denunciados o investigados de oficio por los órganos judiciales competentes en todo el mundo, de los cuales sólo 32 llegaron a juicio. De la tabla que sintetiza el resultado de esta investigación se intuye la confirmación de la hipótesis de partida del autor. De un simple vistazo se puede apreciar que los acusados en estos casos respondían al perfil de “low-cost” en tanto que existía sobre los mismos un acuerdo internacional sobre la necesidad de su persecución y enjuiciamiento (nazis, ex yugoslavos, argentinos, ruandeses, americanos, chinos e israelíes). *Id.*, p. 8. Previamente, en España, Remiro Brotons había llegado a idéntica conclusión con una única variación terminológica. En lugar de acusados “low-cost”, el profesor utilizó, acertadamente, una expresión mucho más gráfica, y se refirió a los acusados que generalmente son juzgados en aplicación de este principio como “pobres diablos”. REMIRO BROTONS, A., Crímenes internacionales, jueces estatales, *Política Exterio*, núm. n°134, marzo-abril 2010.

⁶⁴⁸ En este sentido, Langer acuña los términos “low-cost” y “high-cost defendants” para señalar que existen importantes variaciones en el coste político de la investigación y el enjuiciamiento de los distintos sospechosos de los más graves crímenes internacionales. El artículo aborda el estudio de la efectiva aplicación de este principio desde una perspectiva innovadora y cuasi económica al defender el condicionamiento de la decisión sobre la aplicación de la jurisdicción universal al análisis de coste-beneficio que realiza el ejecutivo: “(...) since international crimes are often committed by state officials, the political branches of the prosecuting states must be willing to pay the international relations costs that the defendant’s state of nationality would impose if a prosecution and trial take place. As these costs can be substantial, universal-jurisdiction-prosecuting states have strong incentives to concentrate on defendants who impose low cost international relation costs because it is only in these cases that the political benefits of universal jurisdiction prosecutions and trials tend to outweigh the costs”. LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction...*op. cit.*” p. 2.

A los efectos del presente trabajo, conviene hacer referencia a los argumentos jurídicos y motivos esgrimidos por los jueces y fiscales de los países analizados para inadmitir las demandas contra los sospechosos de estos crímenes en base al principio de jurisdicción universal. Se desprende de este trabajo de investigación que el motivo “territorial” figura entre los más frecuentes, junto con el de la inmunidad de jurisdicción⁶⁴⁹. La complejidad, el arraigo y la posibilidad de cuestionar la inmunidad de jurisdicción para los crímenes internacionales objeto de este trabajo, exceden el ámbito de la presente investigación, a pesar de que se trata de un tema que ha suscitado, en los últimos tiempos un intenso debate doctrinal⁶⁵⁰. Sin embargo, la utilización del argumento del requisito territorial (presencia del presunto autor en el territorio) como condición para poder abrir la investigación e iniciar un procedimiento cobra especial importancia de cara a la averiguación de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar. Por otro lado, la consideración de los atentados graves contra el medio ambiente como crímenes de lesa humanidad empieza a contar con un fuerte apoyo doctrinal⁶⁵¹. En este sentido, es interesante traer a colación la argumentación teórica presentada por Amissi Melchiade Manirabona en su reciente investigación sobre el caso Trafigura⁶⁵². Este

⁶⁴⁹ Se trata aquí de denuncias dirigidas a la apertura de un proceso penal, no de solicitudes de extradición para las cuales se esgrimen otros motivos como posible tortura, pena de muerte. Véase KELLY, M.J., “Cheating justice by cheating death: the doctrinal collision for prosecuting foreign terrorists—passage of aut dedere aut judicare into customary law and refusal to extradite based on death penalty”, *Ariz.J.Int’l & Comp. L.*, vol. 20, 2003, p. 491.

⁶⁵⁰ Véase el capítulo I, apartado 3.3. para una visión general del debate.

⁶⁵¹ Ver, entre otros, MOHAMMED, W.A., “The Rome Statute and Captain Planet: What Lies between Crime against Humanity and the Natural Environment”, *Forham Envtl. L. Rev.*, vol. 9, 2009, p. 265. En España, la cuestión de la responsabilidad del Estado y de las empresas por daños al medioambiente ha sido abordada de manera más moderada por el profesor Pigrau. PIGRAU I SOLÉ, A., “La jurisdicción extraterritorial como vía para hacer responsable a las empresas por daños al medio ambiente causados en el extranjero: especial referencia al ATCA”, *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, 2012, pp. 183-218. De este mismo autor, y en relación a la responsabilidad civil que resulta de la violación de derechos humanos, véase PIGRAU I SOLÉ, A., “La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través del Alien Tort Claims Act por su participación en las violaciones de derechos humanos”, *Revista española de desarrollo y cooperación*, núm. 25, 2012, pp. 113-130.

⁶⁵² MANIRABONA, M.A., “L’affaire Trafigura: vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que crimes contre l’humanité », *Revue de droit internationale et de droit comparé*, Vol.88, núm. 4, 2011, pp. 535-576. A través del análisis del caso Trafigura, este artículo presenta una construcción argumental en virtud de la cual se articula la defensa de la consideración del crimen medioambiental como crimen de lesa humanidad. El caso en cuestión enfrenta a la empresa multinacional Trafigura Ltd., registrada en el Reino Unido y los habitantes de Abidjan, capital de Costa de Marfil como consecuencia del vertido de cientos de toneladas de vertidos tóxicos en la costa de esta ciudad por parte de esta empresa. El resultado fue de 10 muertos y cientos de miles de personas afectadas. Holanda abrió un procedimiento contra Trafigura por exportación de materiales tóxicos incumpliendo la legislación europea en virtud del cual Trafigura fue condenada a pagar un millón de euros. Sin embargo, las demandas presentadas tanto por parte del gobierno de Costa de Marfil como por parte de las víctimas de

trabajo se propone averiguar si el vertido de cientos de toneladas de productos tóxicos en la capital de Costa de Marfil, Abidjan causando 10 muertos y afectando a 100.000 personas puede, de acuerdo al derecho internacional, ser calificado como crimen contra la humanidad. Según el autor, las ventajas de esta calificación incluyen el efecto disuasorio que la misma entrañaría y la apertura a las jurisdicciones nacionales que podrían perseguir estos actos a través del principio de jurisdicción universal o a través del principio objeto de esta investigación: la obligación de extraditar o juzgar⁶⁵³.

Tras subrayar el hecho de que aunque los delitos medioambientales no estén recogidos expresamente en la lista de actos criminales subyacente al crimen de lesa humanidad, tampoco están excluidos, Melchiade realiza una exhaustiva comparación entre los actos configuradores del vertido tóxico de Trafigura y los crímenes subyacentes a la categoría de crímenes de lesa humanidad. Se justifica así la concurrencia de los subtipos “muerte”, “exterminio” y “persecución” porque el elemento discriminatorio está presente en la elección de Costa de Marfil para realizar el vertido tóxico por su pobreza y consiguiente falta de recursos para defenderse. Puede también entenderse que se cumplen los requisitos del “traslado forzoso”, en tanto que los vertidos tóxicos afectaban a la piel, a la respiración y contaminaron el agua, por lo que la población no tuvo elección a la hora de huir del lugar contaminado. Como se ha analizado previamente, la jurisprudencia internacional ha insistido en que el término “forzoso” no se limita al uso de la fuerza física para conseguir el traslado sino que puede responder a la amenaza de violencia, detención o presión psicológica; y por último, el subtipo “otros actos inhumanos de carácter similar (...)”. En este caso, de las muertes acaecidas, las quemaduras causadas, los dolores torácicos y problemas respiratorios a largo plazo originados, se puede deducir que el requisito de la concurrencia de sufrimientos

estos vertidos se saldaron con acuerdos amistosos que imponían la satisfacción de indemnizaciones por parte de Trafigura. En este artículo, el autor argumenta que abrir este tipo de procedimientos basados en el incumplimiento de la legislación sobre exportación, no consiguen un efecto disuasorio y por ende, no evitan la nueva comisión de estos delitos.

⁶⁵³ La referencia exclusiva a las jurisdicciones nacionales como los órganos con competencia para conocer de los crímenes medioambientales responde a la falta de jurisdicción de la CPI para enjuiciar a las personas jurídicas. En este sentido, Melchiade considera que la clave para colmar esta laguna jurídica reside en aquellas jurisdicciones nacionales que por un lado hayan incorporado las disposiciones del Estatuto de Roma tipificando los crímenes de lesa humanidad, y que, por otro lado, hayan incorporado a sus legislaciones la responsabilidad penal de las personas jurídicas. MANIRABONA, M.A., “L’affaire Trafigura: vers la répression...*op cit.*”, pp. 574-575.

mentales o físicos o de un grave atentado contra la integridad física o mental de la víctima o a su dignidad humana se habría cumplido sobradamente.

El autor basa su trabajo de identificación tanto en la interpretación de la letra del Estatuto de la CPI como en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. En este sentido, la consolidación del dolo eventual como elemento subjetivo suficiente para la concurrencia de los crímenes subyacentes enumerados juega un importante papel.

En tanto que la comisión de cualquiera de los crímenes subyacentes enumerados no es, por sí misma, suficiente para determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad, el autor prosigue analizando los otros elementos consustanciales a este tipo: la naturaleza sistemática o generalizada del ataque, el carácter civil de las víctimas, la existencia de una política o plan organizativo para perpetrar el ataque y el ya estudiado elemento subjetivo.

En el presente caso, las cientos de toneladas de productos tóxicos vertidos por Trafigura Ltd. afectaron a 100.000 personas de las 5.000.000 que componen la población de Abiján. Una simple evaluación de la proporción de habitantes afectados es suficiente para calificar este ataque de generalizado. En cuanto a la naturaleza sistemática del acto, el acceso a la correspondencia entre los responsables de la sociedad Trafigura, permite al autor extraer la conclusión de que la decisión de verter los productos tóxicos en este lugar se tomó tras una minuciosa evaluación del precio a pagar por cometer este mismo delito en varios países.

Respecto a la naturaleza civil de la población víctima de este delito, es evidente que a pesar de que entre los 100.000 afectados se puedan encontrar miembros de las fuerzas del orden, la mayoría de la población era civil. En lo referido a la exigencia de un plan o política, a pesar del citado debate existente en la actualidad en el seno de la comunidad internacional, del nivel de organización de los actos se infiere sin dificultad que los actos ejecutados por Trafigura formaban parte de una política y habían sido organizados. Por último, la concurrencia del elemento subjetivo, en tanto que, como se ha avanzado, incluye el dolo eventual, es indiscutible. El nivel técnico de la sociedad Trafigura hace difícil imaginar que la misma no fuera consciente de los efectos que los vertidos causarían en la población.

La trasgresora propuesta de Melchiade en el caso analizado aparece en un momento en el que cada vez son más numerosas y autorizadas las voces que abogan por la creación de un derecho penal internacional del medio ambiente⁶⁵⁴. En el plano nacional, Adán Nieto Martín destaca entre los autores que abogan por esta regulación internacional que debe descansar en dos pilares: la armonización de un derecho penal del medio ambiente que tenga alcance universal y la potenciación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Antes de entrar en la explicación del contenido de estos dos pilares, el autor explica por qué estima que existe una identidad estructural entre los atentados contra el medio ambiente cometidos por las multinacionales y el derecho penal internacional, haciendo notar también las diferencias existentes entre ambos sistemas jurídicos. Por un lado, existe el problema, común a los Estados en los que se suelen perpetrar las más graves violaciones de derechos humanos, de falta de capacidad técnica y administrativa para hacer cumplir la legislación sobre medio ambiente, a lo que se añade un ordenamiento jurídico débil y un alto índice de corrupción en las instituciones.

A nivel jurisdiccional, existen precedentes en la calificación de estos actos como crímenes de lesa humanidad. Así, en el caso de los grupos petroquímicos Unocal (EEUU) y Total (Francia), que construyeron un gaseoducto beneficiándose de las violaciones a los derechos humanos perpetradas por la junta militar de Birmania, los tribunales belgas aplicaron el principio de jurisdicción universal para juzgar a los responsables de la empresa Total por crímenes contra la humanidad⁶⁵⁵. Por otro lado, hallamos el problema de la imputación de la responsabilidad a los máximos dirigentes de las empresas internacionales, equiparable al que se planteó en un inicio en el ámbito de los crímenes internacionales en relación a la responsabilidad del superior jerárquico. También aquí son aplicables las teorías de atribución de la responsabilidad acuñadas en

⁶⁵⁴ NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 82, 2012, pp. 477-505, p. 478, nota al pie 1: “(...) En materia medioambiental, destaca el activismo del “eje bolivariano” compuesto por Bolivia, Venezuela y Ecuador, cuyas nuevas constituciones tienen en común una nueva visión del medio ambiente, conectada a la cosmovisión de los pueblos precolombinos. El actual gobierno boliviano, por ejemplo, ha solicitado la creación de un tribunal internacional de justicia climática, con este fin ha creado la denominada Plataforma Energética (<http://plataformaenergetica.org>). Dentro de este movimiento habría que encuadrar también la reciente demanda del 26-11-2010 que se ha presentado en Ecuador contra British Petroleum, utilizando el principio de jurisdicción universal y amparándose en la amplia protección que la Constitución ecuatoriana de 2008 presta al medio ambiente”.

⁶⁵⁵ *Actions Birmanie*, La Cour d’Arbitrage relance le dossier Total en Birmanie, Communiqué de presse, 22 de junio de 2006 en NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro derecho penal....*op cit.*”, p. 480.

el contexto penal internacional, como la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder, la redefinición de la coautoría o la comisión por omisión.

A modo de síntesis, se puede concluir que el crimen de lesa humanidad constituye uno de los tipos penales más complejos, ricos y con mayor capacidad de adaptación a los nuevos desafíos existentes. A pesar de la gravedad de las conductas que lo componen, este análisis ha evidenciado que no cuenta aún con un marco convencional sólido del que inferir cuestiones tan fundamentales como la regulación de la atribución competencial. Así, los próximos dos capítulos se proponen averiguar si la obligación de extraditar o juzgar reúne las características necesarias para erigirse como la herramienta procesal que, de un lado, pueda hacer efectivo el principio de complementariedad que inspira la jurisdicción de la CPI, mediante la promoción de la apertura de procedimientos penales por parte de los tribunales nacionales; y de otro, aporte un elemento de seguridad jurídica colmando de un lado, los espacios de impunidad y garantizando, de otro lado, el respeto a un estándar mínimo de derechos humanos a través de la aplicación de esta cláusula alternativa a cualquier procedimiento penal que se abra para conocer de un crimen de lesa humanidad.

CAPÍTULO VI - EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR. EVOLUCIÓN Y CONTENIDO DE LA CLÁUSULA

6.1. El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional (CPI) y la necesidad de potenciar el papel de los tribunales nacionales en la investigación y enjuiciamiento del crimen de lesa humanidad.

El 25 de febrero de 2013, Navi Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, abrió la vigesimosegunda sesión del Consejo de Derechos Humanos con un llamamiento al fortalecimiento del sistema de justicia internacional:

“(…) Una vez más, sin perjuicio de los inspiradores avances en la lucha contra la impunidad y la garantía de la responsabilidad, que se han venido desarrollando tanto a nivel internacional, como a nivel nacional, incluyendo los procesos de justicia transicional, todavía hay demasiadas personas con responsabilidad de mando que, tras haber cometido violaciones graves y flagrantes de los derechos humanos, escapan a la justicia. Cientos de miles de personas han muerto en los genocidios de Ruanda y Bosnia Herzegovina; los territorios Palestinos siguen ocupados; se han cometido violaciones masivas de derechos en Iraq y Sri Lanka; y los crímenes de guerra continúan perpetrándose en numerosos conflictos internos que se perpetúan en Afganistán, la República Democrática del Congo, Mali, Sudán y Siria. Tenemos que seguir alimentando y fortaleciendo el sistema creado para lidiar con estos crímenes y violaciones, y con las personas que los cometen. También es fundamental que desde el seno de la comunidad internacional, hagamos todo lo posible por evitar que estas situaciones se desarrollen y se deterioren (...)”⁶⁵⁶.

A través de la referencia a situaciones actuales, Pillay evidencia también dos de las limitaciones a las que se enfrenta la jurisdicción de la CPI: el rol del Consejo de

⁶⁵⁶ Discurso de apertura de Navi Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la vigesimosegunda sesión del Consejo de Derechos Humanos, 25 de febrero 2013. Disponible aquí. Consultado el 5/03/2013. Traducción de la autora.

Seguridad como socavador de su independencia y la naturaleza convencional del Estatuto de Roma:

“(…) No obstante, también aquí, tenemos un largo camino por recorrer. La CPI solo puede involucrarse si el Estado afectado está entre los 122 Estados Parte del Estatuto de Roma, o si la situación le viene referida por parte del Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad ha referido hasta ahora dos importantes situaciones, Darfur en 2008 y Libia en 2011, pero hasta ahora, ha fracasado con respecto a Siria, a pesar de los numerosos informes de violaciones y crímenes generalizados y sistemáticos publicados por mi Oficina, la Comisión Internacional de Investigación en Siria, las organizaciones de sociedad civil y los Procedimientos Especiales (...)”⁶⁵⁷.

A estas alturas, la incapacidad material de la CPI para investigar y conocer de todos los crímenes de lesa humanidad⁶⁵⁸ perpetrados en el mundo ha sido de sobra constatada. Al fantasma de la politización de sus decisiones⁶⁵⁹, constantemente invocado por las prerrogativas del Consejo de Seguridad, se le deben sumar las limitaciones materiales y las dificultades probatorias a las que se enfrenta un Tribunal que generalmente se encuentra a miles de kilómetros del lugar en el que han acaecido los hechos que debe investigar con unos recursos humanos y logísticos fijos⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ *Id.*

⁶⁵⁸ El presente trabajo de investigación se limita al análisis de la obligación procesal (*aut dedere aut judicare*) en relación al crimen de lesa humanidad. Sin perjuicio de la importancia de llevar a cabo este análisis en relación a otros crímenes internacionales (genocidio, torturas o crímenes de guerra), por limitaciones de espacio y tiempo se ha elegido el crimen de lesa humanidad como marco sustantivo definitorio de este estudio. Para un desglose más exhaustivo de los motivos detrás de esta decisión, véase la Introducción.

⁶⁵⁹ La última acusación de politización que ha recibido la CPI trae causa de la denuncia presentada conjuntamente por el Centre for Constitutional Rights y la asociación de víctimas “Survivors Network of those Abused by Priests” contra varios cargos del Vaticano por el escándalo del generalizado abuso de menores en el seno de la Iglesia Católica. El Fiscal ha inadmitido el caso por considerar que estaba fuera de su jurisdicción al no cumplir con los requisitos de “jurisdicción temporal” y “jurisdicción material” exigidos. La denuncia presentada ante la CPI en septiembre de 2011, puede ser consultada [aquí](#).

⁶⁶⁰ Lo cual es un problema al que también han de enfrentarse, con menos medios económicos, los tribunales nacionales que, en aplicación del *aut dedere aut judicare*, afirmen su jurisdicción sobre un crimen perpetrado en el territorio de otro Estado. Otra crítica que reciben los tribunales nacionales que abordan esta empresa, es la de la subjetividad. ZICCARDI CAPALDO, G., “Verticalità della Comunità Internazionale e Nazioni Unite. Un Riesame del Caso Lockerbie” en *Interventi Delle Nazioni Unite e Diritto Internazionale*, Paolo Picone ed., 1995, pp. 79-81. Véase también más recientemente, la denegación del traslado de un caso por parte de la CPI a los tribunales de Kenia. CPI, Fiscal c. Samoeiruto, Kiprono Kosgey y Arap Sang, Sala de Cuestiones Preliminares, caso núm. ICC-01/09-01/11, Auto resolviendo el recurso del Gobierno de Kenia cuestionando la admisibilidad del caso de acuerdo

La idea de una Corte Penal Internacional, aunque latente en el seno de la comunidad internacional desde el final de la 2GM no comienza a materializarse hasta 1993, momento en el que la Comisión de Derecho Internacional (CDI), a petición de la Asamblea General de Naciones Unidas elabora un primer informe sobre el Proyecto de Estatuto para un Tribunal Penal Internacional⁶⁶¹. A este primer informe le sigue, en 1994, un segundo informe que incluye ya un primer borrador de Estatuto para un, aún hipotético, Tribunal⁶⁶². A continuación, la Asamblea General crea un Comité *ad hoc* que analizaría las cuestiones surgidas a raíz de la propuesta de Estatuto realizada por la CDI⁶⁶³. A este Comité le sigue un Comité preparatorio del establecimiento de una CPI, al que se le encomienda la preparación de un borrador consolidado y consensuado del Estatuto para someterlo a evaluación en una conferencia diplomática⁶⁶⁴. En su sesión 52º, la Asamblea General convocó la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional⁶⁶⁵. Esta

con el artículo 19.2.b. del Estatuto de 30 de mayo de 2011. También, sobre estas mismas cuestiones, ORIOLO, A., “Revisiting the interactions between the ICC and national jurisdictions as a new gateway to strengthening the effectiveness of international criminal justice”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 83, 1er y 2do trimestres de 2012, pp. 195-220, p. 197: “In fact, national systems are not always able to ensure the “objectivity” and “impartiality” required for the implementation of international criminal law”. Sobre el efecto limitador del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales domésticos en estos casos como consecuencia del temor a la sobrecarga por parte de sus tribunales, véase el asunto Al-Adsani, en el que la Corte de Apelación inglesa esgrimió este argumento. TEDH, Asunto Al-Adsani c. Reino Unido, sentencia de 21 de noviembre 2001, solicitud núm. 35763/97, párr. 18.

⁶⁶¹ Comisión de Derecho Internacional, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, 45º período de sesiones, 2 de mayo a 23 de julio de 1993, Doc: A/CN.4/L.488 Disponible [aquí](#). Consultado el 5/03/2013.

⁶⁶² Comisión de Derecho Internacional, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, 46º período de sesiones, 2 de mayo a 23 de julio de 1994, Doc: A/CN.4/L.491/Rev. Disponible [aquí](#). Consultado el 5/03/2013.

⁶⁶³ Informe del Comité *ad hoc* sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional, (1995) UN Doc: A/50/22. Disponible [aquí](#). Consultado el 26/04/2013.

⁶⁶⁴ Este Comité analizó, en su primera sesión entre marzo y abril de 1996, la relación de complementariedad entre la CPI y las jurisdicciones nacionales en general. Aunque la mayoría de las delegaciones coincidían en defender la complementariedad como el principio que rigiera las relaciones jurisdiccionales entre la CPI y los tribunales nacionales, la divergencia de opiniones existente sobre el contenido y alcance de este principio quedó de manifiesto a través de los comentarios generales de las distintas delegaciones. Ver el Resumen de los Procedimientos del Comité Preparatorio durante el período 25 marzo-12 de abril 1996, Doc. UN: A/AC.249/1 de 7 de mayo de 1996, Relator Jun Yoshida (Japón). Disponible [aquí](#). Consultado el 7/03/2013.

⁶⁶⁵ Celebrada en Roma, del 15 al 17 de julio de 1998.

Conferencia culminó con la adopción del Estatuto de Roma en virtud del cual se creó la Corte Penal Internacional⁶⁶⁶.

Desde el principio, la CPI se pensó como un órgano jurisdiccional cuya competencia estaría subordinada al principio de complementariedad⁶⁶⁷. El artículo 18 del Estatuto, que regula las decisiones previas relativas a la admisibilidad, se refiere expresamente al carácter preferente de la jurisdicción de los Estados al reconocer el deber de inhibición a favor de un Estado que, teniendo competencia sobre el crimen en cuestión, hubiese ya iniciado su investigación:

“2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación”.

⁶⁶⁶ La Corte, no obstante, estuvo bloqueada hasta el 2002 cuando se consiguieron las 60 ratificaciones del Estatuto de Roma, necesarias para que ésta entrara en vigor. El depósito simultáneo de las ratificaciones por parte de diez Estados permitió que la Corte comenzara a funcionar, hito que se celebró con una ceremonia especial auspiciada por Naciones Unidas. Los Estados fueron: Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Camboya, Eslovaquia, Irlanda, Jordania, Mongolia, Níger, República Democrática del Congo y Rumania.

⁶⁶⁷ De hecho, la primera referencia expresa al concepto de complementariedad puede hallarse en el preámbulo del borrador de Estatuto de 1994, Comisión de Derecho Internacional, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional...*op. cit.*, párr. 3: “Insistiendo también en que esa Corte tendrá por finalidad complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal en aquellos casos en que esos sistemas no existan o no sean eficaces tales procedimientos de enjuiciamiento”. El principio de complementariedad se vio plasmado en el instrumento regulador de la CPI, cuyo preámbulo y artículo 1 afirman que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. El último ejemplo de aplicación del mismo ha tenido lugar el pasado 11 de octubre, mediante un auto de la CPI en el que confirmaba la inadmisibilidad del caso contra Abdullah Al-Senussi, ex jefe de inteligencia del gobierno libio durante el período Gadafi y acusado, junto con Saif Al-Islam Gadafi, de crímenes de lesa humanidad. En aplicación del artículo 17 del Estatuto de Roma, la inadmisión del caso se ha basado en la constatación de la existencia de un procedimiento abierto contra el acusado ante los tribunales libios, que, según el tribunal, tienen la capacidad y la disposición para llevar a cabo el enjuiciamiento. CPI, Fiscal c. Saif Al-Islma y Abdullah Al-Senussi, Sala de Cuestiones Preliminares, caso núm. ICC-01/11-01/11, Auto sobre la admisibilidad del asunto contra Abdullah Al-Senussi de 11 de octubre de 2013.

El significado de la complementariedad que define la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales ha sido objeto de atención académica⁶⁶⁸. La mayor parte de la doctrina coincide en ver en la jurisdicción de la CPI una suerte de solución *ultima ratio* a las lagunas de impunidad creadas por las deficiencias de las jurisdicciones nacionales⁶⁶⁹. En este sentido, conviene traer a colación aquí algunas de las reflexiones en torno a esta figura realizadas por el profesor Olásolo, uno de los académicos iusinternacionalistas que con más rigor ha profundizado en el principio de complementariedad que dirige la actividad de la CPI. Así, en un artículo publicado un año después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, Olásolo destaca, entre las funciones de este principio rector, la de promover la activación de las jurisdicciones nacionales, para que, en el ejercicio de su competencia, investiguen y enjuicien las más graves violaciones de derechos humanos:

“(...) el principio de complementariedad, en cuanto principio rector de las relaciones entre la CPI y las jurisdicciones nacionales, refleja la intención de los Estados Partes de que la CPI se configure como una especie de *corte interestatal de vigilancia y control* cuya principal misión es la de incentivar a las jurisdicciones nacionales para que procedan por sí mismas al enjuiciamiento de los delitos más graves para la Comunidad

⁶⁶⁸ Para ahondar en la base y fundamento de la complementariedad véase CHETAIL, V., “Tous les chemins ne mènent pas à Rome: Le Contentieux International Pénal à l’épreuve du Principe de Complementarité” en *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Yan Kerbrat, ed. Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 127-181.

⁶⁶⁹ KLEFFNER, J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 100: “In the light of the general meaning of the term employed, the ICC is thus envisaged to supply the deficiencies of national criminal jurisdictions, and together they form a unit in the enforcement of the prohibition of ICC crimes”. El profesor Cassese va un paso más allá al interpretar el principio de complementariedad regulado en el Estatuto de Roma como una suerte de confirmación de que son los Estados los que tienen la función represiva de la conducta criminal, considerando el ejercicio de la jurisdicción de la CPI como una sanción al Estado por no haberla ejercitado: “(...) the Rome Statute confirms that the repressive function lies with the states and must be put in place by them also for the most serious crimes that endanger values essential to the entire international community: the Rome Statute makes the ICC essentially a strictly subsidiary mechanism to combat impunity, calling on it to operate only when necessary to remedy the states’ omissions, detectable by the finding that they fail to comply through their own judges with the international obligations contracted by them regarding the prosecution of international crimes. Not an expropriation of the repressive function, in short, but, as it were, a type of sanction for failure to exercise it”. CASSESE, A. y CONDORELLI, L., “Is Leviathan still holding sway over international dealings?” en *Realizing Utopia, The future of International Law*, Ed. CASSESE, A., Oxford University Press, 2012, p. 20.

Internacional en su conjunto. Por esta razón, la CPI no sustituye, sino que suplementa a las jurisdicciones nacionales⁶⁷⁰”.

Atención especial merece la valoración que, a la luz de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, hace el autor de la obligación de extraditar o juzgar, la cual no considera afectada por la incorporación del principio de complementariedad como rector de la actividad de la CPI:

“(…) la CPI no sustituye a ninguno de los mecanismos existentes tanto a nivel nacional como a nivel internacional para la investigación y enjuiciamiento de los “crímenes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto”. Por lo tanto, la entrada en vigor del ER no ha afectado al contenido de las obligaciones aut dedere aut judicare de los Estados Partes conforme a las Convenciones de Ginebra de 1949, su Protocolo Adicional Primero, y la Convención contra la Tortura⁶⁷¹”.

Por consiguiente, a la luz de los motivos que dan lugar a la activación de su jurisdicción recogidos en el Estatuto de Roma en los artículos 17.1 y 20.3 respectivamente⁶⁷², el

⁶⁷⁰ OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *Revista española de derecho militar*, núm. 82, 2003, p. 48, cursiva original. Véase también GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales”, *Derecho Penal y Criminología: Revista de Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 27, núm. 82, 2006, p. 38: “Ningún Estado, sea parte o no en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que esté dispuesto a ejercer su jurisdicción para la persecución de los crímenes internacionales que son objeto de la Corte Penal Internacional, puede temer la injerencia de esta Corte”.

⁶⁷¹ *Id.* p. 60. El autor también defiende la compatibilidad del principio de complementariedad con el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales en aplicación del principio de jurisdicción universal. P. 61: “Por el contrario, el ER refuerza la legitimidad del principio de justicia universal en cuanto que crea un órgano jurisdiccional interestatal con carácter permanente al que se le asigna la función de asegurar que las investigaciones desarrolladas sobre la base de dicho principio son adecuadamente llevadas a cabo por las jurisdicciones nacionales”. Es más, siguiendo esta misma línea, algunos autores han reconocido que el principio de complementariedad implica que los Estados Parte en el Estatuto de Roma quedan vinculados, por la obligación de juzgar o extraditar a la CPI en relación a los crímenes internacionales de su competencia. Véase SCHARF, M., “Aut dedere aut judicare” en la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, párr. 5.

⁶⁷² Básicamente consistentes en falta de voluntad o capacidad para actuar que, entre otras cosas, puede reflejarse a través de la celebración de un proceso a nivel estatal con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, no instruido de forma independiente e imparcial o de alguna manera que fuera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. Recientemente, la jurisprudencia de la CPI ha añadido un tercer motivo activador de la competencia de la CPI: la inacción. Véase el asunto Katanga. CPI, Fiscal c. Katanga y Ngudjolo, Sala de Apelación, caso núm. ICC-01-/04-01/07-1497, sentencia que resuelve el recurso de D. Germain Katanga contra la decisión oral del Tribunal II de 12 de junio de 2009 sobre la admisibilidad del caso de 25 de septiembre de 2009, párr. 78.

principio que rige la competencia de la CPI ha llegado a ser calificado como de “subsidiariedad crítica”⁶⁷³.

No obstante, a pesar del carácter subsidiario que caracteriza a su jurisdicción, hay un poder que le viene reconocido a este órgano por el Estatuto de Roma, que “atribuye de facto a la CPI primacía sobre las jurisdicciones nacionales”⁶⁷⁴. Se trata del poder de la Corte para decidir sobre la idoneidad de la actuación de las jurisdicciones nacionales, pudiendo activar su jurisdicción en el caso de considerar que estas no están realizando adecuadamente su trabajo de investigar y enjuiciar los delitos internacionales de su competencia: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra⁶⁷⁵.

De todo lo anterior, se infiere que los dos ejes sobre los que gira la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales (la jurisdicción preferente de los tribunales nacionales y por ende, la complementariedad de la Corte y el poder de evaluación de la idoneidad de la actuación de las jurisdicciones nacionales) están dirigidos, en última instancia, a evitar la formación de lagunas jurídicas que premien con la impunidad a los autores de las más graves violaciones del derecho internacional. En este sentido, mediante el análisis de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar, tal y como se verá seguidamente, se ha pretendido en esta investigación, contribuir a la consecución de este objetivo.

Con todo, de cara a la construcción de las razones que justifican el presente trabajo conviene, referirse brevemente a las tres razones principales por las que la actuación de

⁶⁷³ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...op. cit.*, p. 1245.

⁶⁷⁴ OLÁSOLO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto...op. cit.”, p. 61.

⁶⁷⁵ Esta cuestión será objeto de estudio más adelante, en tanto que condiciona la configuración de la obligación de extraditar o juzgar dotando de contenido y definiendo el alcance de “la triple alternativa”, ya esbozada por la CDI en el primer Informe sobre la obligación de extraditar o juzgar. Para una justificación de la no inclusión del crimen de agresión entre los crímenes de competencia de la CPI, a pesar de los recientes avances concretados en Kampala en torno a su definición, véase la Introducción.

los tribunales nacionales es preferible a la de la CPI, ya adelantadas al inicio de este capítulo⁶⁷⁶.

6.1.1. Razones por las que la actuación de los tribunales nacionales es preferible a la de la CPI

6.1.1.1. Limitaciones materiales de la CPI

En la Conferencia de Plenipotenciarios convocada para aprobar el Estatuto de Roma que daría vida al primer tribunal penal internacional de carácter permanente, uno de los argumentos utilizados por las delegaciones que abogaron por el carácter excepcional de la jurisdicción de la CPI fue la limitación en los recursos económicos y policiales que caracterizaban a este tribunal⁶⁷⁷. Diez años de funcionamiento han servido para confirmar la imposibilidad de que la Corte logre en solitario el objetivo de erradicación de la impunidad, lo cual había sido ya intuido y plasmado en el Estatuto de Roma a través del reconocimiento del principio de complementariedad como rector de las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción de la Corte.

Por su parte, y en apoyo a esta idea, la doctrina iusinternacionalista viene ocupándose desde hace unos años de calcular la capacidad real de este tribunal en base a los recursos a su disposición⁶⁷⁸. Sin entrar en el ámbito de la ejecución de las órdenes de

⁶⁷⁶ Estas tres razones se abordan desde un punto de vista de fundamentación, en tanto que desde un enfoque normativista, basta con aludir al principio de complementariedad regulado en el Estatuto de Roma para justificar la jurisdicción preferente de los tribunales nacionales.

⁶⁷⁷ Resumen de los Procedimientos del Comité Preparatorio durante el período 25 marzo...*op cit.*, párr. 111: “It was also observed that the limited resources of the Court should not be exhausted by taking up prosecution of cases which could easily and effectively be dealt with by national courts. In addition, taking into account that under international law, exercise of police power and penal law is a prerogative of States, the jurisdiction of the court should be viewed only as an exception to such State prerogative”.

⁶⁷⁸ BURKE-WHITE, W.W., “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice”, *HARV. INT’L L.J.*, vol. 49, 2008, p. 49, refiriéndose al presupuesto aprobado para la CPI en el año 2005, que se ha visto incrementado progresivamente hasta alcanzar la actual cifra de 111 millones de euros anuales en 2012 Disponible [aquí](#) y 118 millones de euros anuales en 2013 Disponible [aquí](#): “No institution with a 66.8 million (euros) annual Budget can possibly provide global accountability”.

arresto y sentencias, para lo cual, a falta de un cuerpo policial propio con capacidad de actuación universal, la CPI depende totalmente de la cooperación de los Estados⁶⁷⁹, la doctrina ha hecho importantes observaciones en relación a la capacidad de actuación y la eficiencia de este órgano jurisdiccional. En este sentido, Burke-White, basándose en la experiencia del TPIY, ha hecho una estimación del número de procesos que podrían concluirse anualmente en el seno de la CPI y ha concluido que el número de juicios potenciales oscila entre 2 ó 3⁶⁸⁰. A día de hoy, noviembre de 2013, el único procedimiento concluido en el seno de la CPI es el proceso contra Thomas Lubanga⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Este problema ha sido reiteradamente denunciado por el Profesor y Ex Presidente del TPIY y del Tribunal Especial para el Líbano, Antonio Cassese, uno de los padres del derecho penal internacional, recientemente fallecido (octubre 2011), CASSESE, A., *International Criminal Law...op cit.*, p. 442: "The crucial problem international courts face is the lack of enforcement agencies directly available to those courts, for the purpose of collecting evidence, searching premises, seizing documents, or executing arrest warrants and other judicial orders. It follows that, as I have already emphasized many times, international courts must rely heavily on the co-operation of States".

⁶⁸⁰ BURKE-WHITE, W.W., "Proactive Complementarity...op cit.", p. 54: "The global community expects the ICC to provide worldwide accountability, yet the Court's own internal predictions and the current level of funding from the Assembly of States Parties ("ASP" or Assembly) anticipate a maximum of two to three trials per year". Este autor, tras detectar los desajustes existentes entre la gran expectación suscitada por la CPI y sus limitaciones materiales y jurídicas propone una redefinición del principio de complementariedad en base al cual la CPI asumiría un papel más activo en la promoción del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales. Bautiza esta reinterpretación del principio como "proactive complementarity": "This solution, predicated upon the ICC's ability to motivate and assist national judiciaries, could be termed "proactive complementarity". Under such a policy, the ICC would cooperate with national governments and use political leverage to encourage states to undertake their own prosecutions of international crimes". Burke sostiene que la adopción de una política de complementariedad proactiva maximizaría la influencia de la CPI en la erradicación de la impunidad, presentando en la IV parte de su artículo estrategias específicas para la implementación de esta complementariedad proactiva en el ámbito de las circunstancias a las que potencialmente se puede enfrentar la CPI. Esta propuesta podría convertirse en una herramienta clave de cara al cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar, una vez definida su naturaleza jurídica. P. 57: "As a strategy for encouraging national governments to undertake their own prosecutions of international crimes, proactive complementarity would allow the Court to catalyze national judiciaries to fulfill their obligations to prosecute international crimes". De hecho, ambos "principios" (*aut dedere aut judicare* y el principio de complementariedad proactiva) están, según este autor, profundamente interrelacionados, lo cual justifica el hecho de que se refiera al primero como marco legal en el que enmarcar la construcción del segundo. Pp. 79: "The provision in the preamble of the Rome Statute that nations have a duty "to exercise... criminal jurisdiction over those responsible for international crimes" derives from the *aut dedere aut judicare* (extradite or prosecute) requirement to which most states parties are already subject through external legal obligations contained in, for example, the four Geneva Conventions of 1949 and the Genocide Convention".

⁶⁸¹ Condenado a 14 años de prisión por el crimen de guerra consistente en el reclutamiento de niños soldados para que participaran en las hostilidades que tuvieron lugar entre 2002-2003 en el marco de un conflicto inter-étnico un área rica en recursos de oro. Lubanga dirigía el ala militar del movimiento rebelde fundado por él (Force patriotique pour la libération du Congo). CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICC-01/04-01/06, sentencia de 14 de marzo de 2012. En efecto, los diez años y casi 1000 millones de dólares que ha "costado" el primer veredicto de la CPI ha sido objeto de críticas en la prensa. Véase, entre otros, SILVERMAN, J., "Ten years \$900m, one verdict: Does the ICC cost too much? BBC News. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

Desgraciadamente, las limitaciones de este Tribunal resultan evidentes al comparar esta previsión con el número de crímenes internacionales que se han perpetrado y se siguen perpetrando en la actualidad a lo largo de todo el planeta. Burke también aborda los efectos negativos que la localización del tribunal en la Haya, un territorio completamente ajeno al lugar en el que han acaecido los hechos, tiene sobre la eficiencia de la labor jurisdiccional de la CPI, abogando por un mayor protagonismo de los tribunales domésticos en este ámbito:

“Normalmente los tribunales nacionales son las entidades más efectivas en términos de coste a la hora de llevar a cabo enjuiciamientos, en tanto que el empleo de personal local posibilita que sus costes estructurales sean más bajos que aquellos de los tribunales internacionales. Además, pueden operar exclusivamente en el idioma local sin necesidad de traducir todos los materiales a las lenguas oficiales de las NU. Por último, los procesos nacionales suelen estar mejor posicionados de cara al respeto de los intereses de las comunidades afectadas, y potencialmente su contribución a los esfuerzos de la justicia reparadora es mucho mayor⁶⁸²”.

Son numerosos los autores que, siguiendo esta línea de pensamiento, han defendido la conveniencia de promover el papel de las jurisdicciones nacionales en la aplicación del derecho internacional, viendo ahora aplicadas sus teorías por parte de los tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda en el marco de la “estrategia de conclusión⁶⁸³”. Curiosamente, para la remisión de casos a tribunales nacionales en el

⁶⁸² BURKE-WHITE, W.W., “Proactive Complementarity...*op cit.*”, pp. 68-69. Traducción de la autora.

⁶⁸³ Entre los autores que han sostenido esta posición véase CASSESE, A., *International Criminal Law...op cit.*, p. 452: “The fascination of jurists with international criminal tribunals has often eclipsed the fundamental role of national jurisdictions in eradicating impunity for crimes against humanity”; LIJUN YANG, “On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Chinese J. Int’l L.*, vol. 4, 2005, p. 121, p. 125; LAPLANTE, L.J., “The domestication of international criminal law: a proposal for expanding the international criminal courts sphere of influence”, *J. Marshall L. Rev.*, vol. 43, 2009-2010, p. 635; KLEFFNER, J.K., “The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law”, *J. Int’l Crim. Just.*, vol. 1, 2003, p. 86, p. 93; y AKHAVAN, P., “The universal Repression of Crimes Against Humanity before National Jurisdictions. The need for a Treaty-Based Obligation to Prosecute” en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Ed. SADAT, L.N., Cambridge University Press, 2011, p. 28. En términos más amplios y no limitado al derecho penal internacional, véase NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 8-9 and SLAUGHTER, A.M. y BURKE-WHITE, W., “The Future of International Law is domestic” en NIJMAN, J., y NOLLKAEMPER, A. (eds.), *New Perspectives on the Divide between International and National Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 110-112-13. La “estrategia de conclusión” del TPIY y del TPIR se aprobó por resolución del Consejo de Seguridad 1503 (2003) y fue confirmada al año por la resolución del Consejo de Seguridad 1534 (2004). De conformidad a la misma, el mandato de los tribunales internacionales *ad hoc* tendría una fecha límite (que inicialmente era Diciembre de 2010 pero

marco de esta estrategia, los tribunales *ad hoc* parecen haber optado por el criterio de la presencia del acusado en el territorio como título no solo práctico sino legitimador de la atribución de la jurisdicción a un determinado tribunal nacional. De la decisión de optar por este criterio se puede inferir, tal y como se analizará en el apartado correspondiente a la estrategia de conclusión en el capítulo VIII, una legitimación práctica de los títulos de atribución de la jurisdicción en los que se basa la obligación de extraditar o juzgar⁶⁸⁴.

A pesar de la permanente referencia a la importancia de promover el rol de las jurisdicciones nacionales en la investigación y enjuiciamiento de los citados crímenes, presente en los pronunciamientos oficiales de los dos Fiscales que ha tenido la CPI, este tribunal no ha usado, hasta la fecha, su poder como catalizador de procesos a nivel estatal⁶⁸⁵. Al menos de facto, la CPI parece seguir abogando por una concepción pasiva

que ha tenido que retrasarse 4 años), antes de la cual deberían concluir los procedimientos abiertos bien en el seno del órgano jurisdiccional internacional, bien mediante la remisión de los casos pendientes a otras jurisdicciones nacionales que tengan competencia para conocer de los casos. En el caso del TPIY, las remisiones han tenido como destino las jurisdicciones nacionales de los países que conformaban la Antigua Yugoslavia mientras que en el caso del TPIR, que en noviembre de 2012 había remitido 10 casos a tribunales nacionales, los países de acogida de los casos incluyen a Francia y Ruanda, que llevó a cabo estos procesos en el seno de los polémicos tribunales de justicia participativa, “Gacaca”, abordados en el Capítulo IV. (los intentos de remisión de los casos a Noruega y Holanda fallaron por cuestiones legales). Véase el último informe del TPIR de noviembre de 2012 sobre la estrategia de conclusión. Disponible [aquí](#). Para posibilitar la remisión de estos casos a las jurisdicciones nacionales hubo que llevar a cabo una modificación en las Reglas de Procedimiento y Prueba, concretizada fundamentalmente en la Regla 11 bis que regula requisitos exigidos para autorizar la remisión del caso a una jurisdicción nacional. En este sentido, véase el Informe de la OSCE de 2010 sobre la aplicación de este principio en Bosnia y Herzegovina (OSCE, “The Processing of ICTY Rule 11bis cases in Bosnia and Herzegovina: Reflections on findings from five years of OSCE monitoring. A report of the Capacity Building and Legacy Implementation Project”, enero de 2010). Para profundizar sobre el origen y articulación de la “estrategia de conclusión” véase MUNDIS, D., “Completing the mandates of the *ad hoc* international criminal tribunals: lessons from the Nuremberg process?”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 28, 2004-2005, p. 591; BEKOU, O., “Rule 11 bis: an examination of the process of referrals to national courts in ICTY jurisprudence”, *Fordham Int’l L. J.*, vol. 33, 2009-2010, p. 723; Sobre el efecto de esta estrategia en las víctimas véase FRISSE, G.M., “The Winding Down of the ICTY: The Impact of the Completion Strategy and the Residual Mechanism on Victims”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3, 2011, pp. 1093-1121. Véase también ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “El fin de la estrategia de conclusión de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda: el mecanismo residual internacional”, en *Estudios de derechos internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, coord. Por Mariano, J. Aznar Gómez y Jorge Cardona Llorens, Vol. 1, 2012.

⁶⁸⁴ Véase el caso de Ephrem Nkezabera, un banquero ruandés enjuiciado en Bélgica en el 2009 a solicitud del Fiscal del TPIR en el marco de la estrategia de conclusión consistente en referir casos de acusados de medio y bajo rango a tribunales nacionales. La elección de Bélgica respondió a que este país había celebrado ya tres juicios por genocidios en Ruanda y a *que el acusado se encontraba en Bélgica en el momento de la solicitud del TPIR*.

⁶⁸⁵ Luis Moreno-Ocampo, ex Fiscal de la CPI, Discurso ofrecido en la Ceremonia de investidura del cargo de Fiscal General de la CPI, 16 de junio, 2003. Disponible [aquí](#): “As a consequence of complementarity, the number of cases that reach the Court should not be a measure of its efficiency. On the contrary, the absence of trials before this Court, as a consequence of the regular functioning of national jurisdictions would be a major success”; En el mismo sentido, Fatou Bensouda, Fiscal de la CPI, respondiendo a las

del principio de complementariedad, basada más en la intervención subsidiaria para cubrir el vacío legal en caso de no intervención doméstica, que en la promoción del rol de las jurisdicciones nacionales en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales de su competencia⁶⁸⁶.

Por último, conviene aludir a la limitación temporal que afecta a la jurisdicción de la CPI, en tanto que su competencia, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las jurisdicciones nacionales, queda constreñida a los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto, es decir, 2002⁶⁸⁷.

Las razones aquí presentadas para argumentar la preferencia de la jurisdicción de los tribunales nacionales sobre la de la CPI se circunscriben al ámbito práctico, sin

preguntas de la Coalición por la CPI. Disponible en aquí: “Preliminary examinations are key elements of the OTP activities as they provide an early opportunity, through contacts with relevant authorities and through widening public information about the cases, to encourage national proceedings and prevent recurrence of violence”.

⁶⁸⁶ Sobre la nueva versión del principio de complementariedad proactivo como reformulador de las obligaciones de los Estados, véase LAPLANTE, L.J., “The domestication of international criminal law: a proposal...*op. cit.*”, pp. 649: “Through this lens, complementarity no longer means that sovereigns have a discretionary prerogative to prosecution, but rather “an implicit restriction” on their state sovereignty to prosecute; a situation that “takes away the possibility for state parties to remain inactive, even under breach of international law in cases where a duty to prosecute exists under other instruments”. A pesar de la naturaleza reactiva que viene caracterizando la actuación de la CPI, hay numerosos ejemplos de casos en los que la simple apertura de una investigación por parte de este tribunal ha catalizado importantes avances jurisdiccionales internos en los Estados que gozan de competencia para conocer de estos crímenes. Uno de los ejemplos más llamativos puede ser el de la creación de un Tribunal Especial para los hechos acaecidos en Darfur por parte del Gobierno de Sudán *al día siguiente* del anuncio por parte de la Fiscalía de la CPI de que se había abierto un procedimiento de investigación; o el de la modificación de ciertos preceptos de la Ley de Justicia y Paz que regulaban amnistías y penas nimias para los paramilitares por parte del Tribunal Constitucional a raíz de una carta enviada por la Fiscalía de la CPI al gobierno colombiano, manifestando interés en investigar estos crímenes. Véase sobre este último caso, BURKE-WHITE, W.W., “Proactive Complementarity... *op. cit.*”, pp. 89-90. Sobre la influencia de la CPI en la activación y desarrollo de los sistemas penales nacionales africanos con el fin de llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos en su territorio véase BOULOS, M., “A Positive Impact Derived from ICC Investigations in African Countries: Catalyzing the Development in Domestic Legal Systems”, en *Comment on the Africa Question: Is the International Criminal Court targeting Africa inappropriately?*, ICC Forum. Disponible aquí. Consultado el 25/05/2013. Evidentemente, ni la doctrina ni los funcionarios de las Naciones Unidas han pasado por alto los riesgos inherentes a esta “reacción inmediata”. En este sentido, se ha pronunciado el Representante Especial del Secretario General para Sudán, Jan Pronk, que aunque describe esta iniciativa como positiva, deja entrever que tiene fundadas sospechas acerca de la credibilidad de estas actuaciones al afirmar que la tempéstica resulta curiosa y que este Tribunal Especial no puede sustituir a la CPI. Véase sobre esta cuestión, la nota publicada en *Global Policy Forum*, 18 de octubre 2005. Disponible aquí. Consultado el 30/10/2013; También en esta línea, CHETAIL, V., “Tous les chemins ne mènent pas à Rome: Le Contentieux...*op. cit.*”.

⁶⁸⁷ Artículos 11, 24 y 26 del Estatuto de Roma.

perjuicio de que existan también motivos de fundamentación y de legitimidad que avalen esta postura⁶⁸⁸.

6.1.1.2. El poder del Consejo de Seguridad sobre el ejercicio de la jurisdicción de la CPI

El artículo 13.b del Estatuto de Roma reconoce al Consejo de Seguridad la posibilidad de remitir al Fiscal de la CPI una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes de su competencia⁶⁸⁹. Para ello, ha de adoptar una decisión

⁶⁸⁸ El estudio detallado de esta cuestión excede el ámbito del presente trabajo, lo cual no impide reconocer la relevancia y trascendencia de la misma a los efectos de la propia fundamentación de la obligación de extraditar o juzgar. A pesar de la importancia del tema, se trata de un ámbito poco explorado por la doctrina. Cabe citar, entre los trabajos que han abordado esta cuestión con mayor profundidad, un reciente estudio publicado en 2012 en el *EJIL*. VON BOGDANDY y A.; VENZKE, I., “In whose name?” An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification”, *EJIL*, Vol. 23, núm. 1, 2012. En un ámbito mucho más abstracto e ideológico pero con una fuerte influencia en la práctica, conviene poner de manifiesto que la existencia de posiciones contrapuestas entre el Norte, liderado por Europa, que aboga por una defensa de las instituciones globales en aras de una “comunidad global” y el Sur, que, desde un contexto colonizado, concibe la recientemente conquistada soberanía como el último bastión de protección contra la hegemonía del mercado, que intenta conquistar terreno a través de lo que eufemísticamente se ha llamado “regulación internacional”. Álvarez ofrece una excelente explicación del efecto que este dilema tiene sobre el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales. ÁLVAREZ, J.E., “State Sovereignty is Not Withering Away: A Few Lessons for the Future” en “Realizing Utopia... *op. cit.*”, pp. 28-29: “Debates between sovereigntists and globalists have filled the pages of scholarly journals but more importantly they have helped to generate competing reactions to real-world dilemmas, as with respect to how best to handle the adjudication of mass atrocities. For some, such crimes should best be left to undisturbed domestic jurisdiction. For others, the history of immunity and amnesia at the national level compels international action but differences remain with respect to the continuing value of “sovereign” control. The result is an ungainly assortment of international war crimes tribunals with primacy over national jurisdiction, an International Criminal Court subject to complementarity, and ad hoc “hybrid” tribunals incorporating features of both international and national systems of justice—all of which are sometimes “complemented” by other forms of accountability as Gacaca trial or truth commissions. For some globalists, this pragmatic outcome—reproduced in other regimes with proliferating international adjudicative fora operating in the absence of state decisions or hierarchical means of control—encourages harmful fragmentation that de-legitimizes international law”.

⁶⁸⁹ Esta potestad, que le viene reconocida al Consejo de Seguridad en virtud de su responsabilidad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, solo ha sido ejercitada en dos ocasiones, en los casos de Sudán (Resolución 1593 del Consejo de Seguridad de 31 de marzo de 2005, Doc NU: S/Res/1593 y Libia (Resolución 1970 del Consejo de Seguridad de 26 de febrero de 2011, Doc NU: S/Res/1593. Véase, sobre Sudán: FINGERIT, A., “The International Criminal Court - The Sudan Referral” en *Inter Alia*, vol. 4, p. 25 (2005) y CONDORELLI, L., y CIAMPI, A., “Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC”, *J. Int’l Crim. Just.*, vol. 3, 2005, p. 590. Sobre Libia: CERVELL HORTAL, M.J., “La Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 27, 2011, pp. 77-107. El hecho de que la gran mayoría de los casos abiertos en la CPI, bien por remisión del Consejo de Seguridad, bien por denuncia de otro Estado miembro o por apertura de oficio por parte del Fiscal, estén localizados en África, ha sido objeto de importantes críticas, que han llegado a denominar este fenómeno el “*Africa bias*”. No obstante, la actual Fiscal de la CPI, Fatua Bensouda, afirmaba en una entrevista concedida pocos días antes de tomar posesión de su cargo el carácter injustificado de esta crítica: “I believe there is one thing we have to understand about the so-called “Africa bias”. We should not focus on the words and

formal en el marco del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Además, tiene la potestad de suspender una investigación o enjuiciamiento que la Corte haya ya iniciado, por un plazo de doce meses, que puede ser renovado⁶⁹⁰.

El análisis pormenorizado de los efectos que conlleva la articulación de la relación Consejo de Seguridad-CPI, en los términos referidos, ha sido extensamente tratado por la doctrina⁶⁹¹. Quede aquí simplemente esbozada la ventaja que, respecto a esta cuestión

propaganda of a few powerful, influential individuals, and forget about the millions of anonymous people that suffer from their crimes. Indeed, the greatest affront to victims of these brutal, unimaginable crimes—women and young girls raped, families brutalized, robbed of everything, entire communities terrorized and shattered—is to see those powerful individuals responsible for their sufferings trying to portray themselves as the victims of a “pro-Western”, “anti-African” Court. (...) Apart from the normative point of view, the African bias arguments are also factually invalid. Uganda, Democratic Republic of Congo (RDC) and the Central African Republic (CAR) all voluntarily referred their situations to the Court whereas the situations in Libya and Darfur were referred to the Court by the United Nations Security Council (UNSC). The proprio motu powers of the Prosecutor were only invoked in Kenya and Cote d’Ivoire which received a high level of cooperation from the relevant States”. Coalition for the International Criminal Court, Entrevista con la recientemente electa Fiscal General de la CPI, D^a Fatou Bensouda. Disponible aquí. Consultado el 30/05/2013. En sentido contrario, el representante de la Unión Africana, Hailemariam Desalegn, Primer Ministro de Etiopía, afirmaba lo siguiente en el cierre del 21 Summit de la Unión Africana, mayo 2013: “The African leaders have come to a consensus that the process the ICC is conducting in Africa has a flaw. (...) The intention was to avoid any kind of impunity, but now the process has degenerated into some kind of race hunting. So we object to that”. “Ethiopian leader accuses international court of racial bias”, Reuters, 27 de mayo 2013. Disponible aquí. Consultado el 20/10/2013.

⁶⁹⁰ Artículo 16 del Estatuto de Roma.

⁶⁹¹ La politización de la CPI como resultado de los poderes reconocidos al Consejo de Seguridad ha sido reiteradamente denunciada por la doctrina iusinternacionalista. En particular, ha sido la capacidad de suspender una investigación o procedimiento abierto lo que ha suscitado más críticas por parte de la doctrina. Entre otros, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas: la discutida posición del Consejo de Seguridad”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 18, 2002, pp. 3-61; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución Internacional”, *Revista española de derecho militar*, núm. 75, 2000, p. 201, en referencia a la facultad de suspensión de la CPI: “(...) limita su ejercicio efectivo (el de la Corte), sobre la base de una decisión de naturaleza política y sin una adecuada garantía de la viabilidad del procedimiento que se suspende”; REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...op cit.*, p. 1248; y SHRAGA, D., “Politics and Justice: The Role of the Security Council” en *The Oxford Companion...op cit.*, que es especialmente crítico con el uso que Estados Unidos hace de esta potestad, en tanto que miembro permanente del Consejo, p. 171: “The adoption of the two consecutive SC Resolutions 1422 and 1487 requesting the deferral of all investigations and prosecutions of current or former members of peacekeeping operations from States not parties to the ICCSt., as a generally applicable measure, for crimes not yet committed and in the absence of a determination of what, in the circumstances, constituted a “threat”—indeed in the absence of any such threat—called into question the legitimacy of the request. Designed to shield US peacekeepers from the jurisdiction of the Court, it was illustrative of power politics in abuse of the judicial process”. Recientemente, la interminable pesadilla en la que sigue a día de hoy inmersa Siria, ha reactivado las críticas al poder de veto concedido al Consejo de Seguridad para frenar investigaciones iniciadas por la Corte, en tanto que en virtud del mismo, los responsables de las atrocidades cometidas por el régimen de Bashar el Asad están fuera del alcance del Tribunal en tanto que gozan del apoyo de Rusia y China, que, haciendo uso de sus poderes de veto, han bloqueado tres resoluciones del Consejo de Seguridad condenando las violaciones de derechos humanos en este territorio. La protección ofrecida por estos dos miembros permanentes tiene, en este caso, un alcance mayor. En tanto que Siria no ha firmado el Estatuto de Roma, la remisión de la situación a la CPI debe

ofrece el recurso a una herramienta jurídica (*aut dedere aut judicare*) que condiciona el ejercicio obligatorio de la jurisdicción exclusivamente al criterio objetivo de la presencia del acusado en el territorio del Estado en cuestión. La efectiva investigación y posterior enjuiciamiento del crimen internacional⁶⁹² según este principio, sólo requiere

proceder obligatoriamente del Consejo de Seguridad, lo cual deja a la comunidad internacional atada de manos en cuanto a recursos jurídicos a nivel internacional se refiere. Confirma esta afirmación el hecho de que el 15 de enero de 2013, llegaron a 58 los Estados firmantes de una petición de remisión de la situación de Siria a la CPI Disponible [aquí](#). Véase, en este sentido el artículo publicado en el New York Times por Richard Dicker, Director del Programa Internacional de Justicia de Human Rights Watch en mayo de 2012, DICKER, R., “A Flawed Court in Need of Credibility”, New York Times, 21 de mayo de 2012. Disponible [aquí](#).

⁶⁹² El término “crimen internacional” se utilizará aquí exclusivamente para aludir a la responsabilidad individual de los autores de los crímenes de competencia de la CPI (crimen de agresión, genocidio, crímenes de guerra y crimen de lesa humanidad) sin que ello suponga conflicto alguno con el hecho de que desde el año 2001, los hechos internacionalmente ilícitos de los que el Estado es responsable hayan pasado a denominarse, a propuesta de la Comisión de Derecho Internacional “violaciones graves por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general”. Conviene hacer aquí un apunte histórico para explicar los caminos que llevaron a la CDI a adoptar esta expresión, tan alejada de su propuesta inicial. La tendencia existente hacia a la codificación bajo el derecho internacional de los crímenes internacionales individuales (en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y en el Estatuto de Roma) es de sobra conocida, pero el concepto de crimen de Estado había sido introducido por primera vez en 1976 por la CDI en el artículo 18 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado (Yearbook of the International Law Commission, 1976, vol.1, Draft articles on States responsibility: texts adopted by the Drafting Committee-title of chap. III and articles 15 bis and 16-18-reproduced in A/CN.4/SR.1401, SR. 1402 and SR.1402, para.6, Doc. A/CN.4/L.243 and Ad. 1 and Add.1/Corr.1). Disponible [aquí](#) Consultado el 21/05/2013. Este artículo dividía los hechos internacionalmente ilícitos en crímenes internacionales y delitos internacionales, pero fue muy criticado por los Estados. Como resultado de estas críticas, la CDI propuso una nueva expresión más restrictiva pero igualmente comprensiva de la misma idea: “violaciones graves por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general”. Véase el artículo 40 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001, adoptado por la Asamblea General en su sesión 43º, doc. A/56/10. Disponible [aquí](#). Consultado el 26/05/2013. A estas alturas de la investigación, el requisito del carácter consuetudinario de las obligaciones *erga omnes* limita el ámbito material al que podemos aplicar este término, a la prohibición y tipificación de los crímenes de lesa humanidad. Su prohibición, como la del resto de crímenes de competencia de la CPI, forma parte del *ius cogens* (véase, entre otros, SCHARF, M., “Aut dedere... op cit., párr. 17 y CRAWFORD, J, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 18). Precisamente el objetivo de este trabajo es determinar si el incumplir la obligación alternativa de extraditar o juzgar en relación a este grave crimen puede llegar a ser considerado “una violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho internacional general”, con las consiguientes consecuencias para el Estado, entre las cuales se encuentra el surgimiento de su responsabilidad. Entre los autores que defienden esta postura se encuentra el experto Cherif Bassiouni, que distinguiendo entre el carácter de *ius cogens*, entendido como el estatuto jurídico de ciertas infracciones y las obligaciones *erga omnes*, entendidas como las consecuencias jurídicas que se derivan de la calificación de un determinado crimen como *ius cogens*, enumera como obligaciones imperativas derivadas del carácter *ius cogens*: entre otras, el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad y la exclusión de toda impunidad (citado por Ollé Sese en OLLÉ SESE, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Ed. La Ley, 2008, p. 197). Sobre estas cuestiones en términos más generales, véase CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 207: “lo esencial de esta noción estriba en que la relación jurídica de responsabilidad se establece entre el Estado al que el ilícito le es atribuible, de una parte, y, de otra, la comunidad internacional en su conjunto, lo cual implica que todo Estado podrá legítimamente exigir responsabilidades y, si ésta no es satisfecha, adoptar medidas sancionatorias contra el Estado al que el ilícito contra la comunidad internacional es imputable por el incumplimiento de una

que concurren dos presupuestos: a. Que el crimen perpetrado pueda enmarcarse dentro de los crímenes más graves o “core crimes”, a pesar de que, cómo se verá a continuación, el ámbito material o sustantivo del principio no ha sido todavía definido; y b. La presencia del acusado en el territorio del Estado sobre el que pesa la obligación de extraditar o juzgar. De esta forma, el *aut dedere aut judicare* se presenta en este contexto como un vehículo a través del cual promover el papel activo de las jurisdicciones nacionales en la lucha contra la impunidad en el ámbito de las más graves violaciones de derecho internacional, superando, hasta cierto punto, la crítica de politización de la que es objeto la CPI a la luz de los poderes que concede al Consejo de Seguridad en la iniciación y suspensión de los procedimientos⁶⁹³.

obligación jurídica *erga omnes*”. Fue precisamente este autor quien propuso al Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional la distinción entre comportamientos ilícitos de un Estado y hechos ilícitos contra la comunidad internacional, propuesta que fue aceptada en 1980. También es interesante consultar el ejercicio sistematizador de la profesora Alicia Cebada Romero. CEBADA ROMERO, A., “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, 2002. Más recientemente sobre estas cuestiones véase el apartado “E. Relaciones de importancia: el Artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, el *ius cogens*, y las obligaciones *erga omnes* como conflicto de normas” del Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, elaborado por Martti Koskeniemi, Doc. A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006. Disponible [aquí](#). Consultado el 21/05/2013. En el ámbito de la jurisprudencia internacional, cabe destacar una sentencia del TPIY por la interesantísima construcción que hace para, sobre la base del carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, justificar la aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar. TPIY, Fiscal c. Furundzija, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre 1998, párr. 156: “(...) one of the consequences of the *ius cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction”.

⁶⁹³ El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas ha evidenciado la existencia de otras limitaciones de los poderes del Consejo de Seguridad a través del caso Yusuf, en el que se denuncia la violación de derechos humanos que entraña la regulación 881/2002 adoptada por el Consejo Europeo para implementar la resolución del Consejo de Seguridad que ordenaba la aplicación de “sanciones inteligentes” contra individuos supuestamente relacionados con Al Qaeda. En esta sentencia, se afirma que las facultades de este órgano pueden ser limitadas por el *ius cogens*. Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-306/01, sentencia de 21 de septiembre de 2005 párr. 277: “No obstante, el Tribunal de Primera Instancia está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del *ius cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho Internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna”. En idéntico sentido, véase también la sentencia dictada en el caso Kadi, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Yassi Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-315/01, sentencia de 21 de septiembre de 2005, párr. 226. Ambas sentencias fueron posteriormente anuladas por la Gran Sala del Tribunal de Justicia que resolvió el recurso de casación estimando que el Reglamento de congelación de fondos había sido adoptado violando los derechos fundamentales del interesado, en una sentencia de 3 de septiembre de 2008, en la que reiteró la competencia de los tribunales comunitarios para controlar las medidas adoptadas por el Consejo de

En otras palabras, la defensa de la aplicación del referido principio no tiene otra finalidad que la de apoyar la consolidación del “sistema integrado” hacia el que, desde hace tiempo, se dirige la relación entre las jurisdicciones penales nacionales e internacionales, basado en la “gobernanza compartida” de las funciones públicas entre el Estado y las instituciones internacionales. La fijación de estándares internacionales, tanto en el terreno procesal como en el terreno material, del enjuiciamiento de estos “crímenes internacionales graves” o “*core crimes*” viene a complementar la actuación de la jurisdicción nacional, en tanto que introduce un elemento de objetividad y homogeneidad que, evidentemente, tiene un efecto positivo en el ámbito de la legitimidad⁶⁹⁴.

Seguridad. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P. Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas.

⁶⁹⁴ ORIOLO, A., Revisiting the interactions between the ICC and national jurisdictions...*op cit.*, p. 198, citando a ZICCARDI CAPALDO, G., *The Pillars of Global Law*, 2008, p. 46: “According to the “integrated system”, “the right of States to sanction *uti universi* breaches of fundamental rules must be “integrated” with the general functions conferred on international institutions to “determine” the breaches themselves and “control” the activity carried out by States. Thus, “the control exercised by international bodies gives the action undertaken “unilaterally” by States or groups of States the objectivity needed to endow it with a “public” nature and avoid abuses, providing an institutional control of legitimacy”.

6.1.1.3. Hay “Estados”⁶⁹⁵ que no son socios del club

¿Qué pasaría con un genocidio que, por haber sido perpetrado en el territorio, por nacionales o contra nacionales de un Estado que no hubiera ratificado el Estatuto de Roma, no tuviera acceso a la jurisdicción de la CPI, a pesar de que los tribunales a los que les correspondiera conocer del caso “no quisieran o no pudieran”⁶⁹⁶ ejercer su jurisdicción?

El caso presentado en la pregunta formulada no es, desgraciadamente una hipótesis teórica a resolver con fines esencialmente académicos y en el mejor de los casos, de

⁶⁹⁵ La utilización de las comillas responde, como se podrá adivinar, a que algunos de las violaciones de derechos humanos a las que nos venimos refiriendo y que, con frecuencia, son constitutivas de crímenes de competencia de la CPI son perpetradas en territorios sometidos a dominación colonial o extranjera a los que la Comunidad Internacional no les ha reconocido el estatus de país independiente, con las consiguientes limitaciones para actuar, a nivel internacional, para exigir el respeto a los derechos humanos en su territorio. Entre ellos, recordemos, una vez más, las sistemáticas violaciones de derechos humanos que se han perpetrado y se siguen perpetrando en el Sáhara Occidental o en los Territorios Ocupados de Palestina y que siguen gozando de impunidad absoluta. En relación con Palestina, España y su reforma del artículo 23.4 de la LOPJ vuelven a ser protagonistas. El caso de los crímenes contra la humanidad cometidos en Gaza por parte de Israel en 2002 a través del lanzamiento de una bomba de una tonelada en el barrio de Al Darj de la ciudad de Gaza causando la muerte de 15 personas y dejando 150 heridos, fue denunciado en España y admitido a trámite por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4, para posteriormente, tras el recurso de la Fiscalía, ser archivados en el auto núm. 1/2009 de 9 de julio de 2009. A pesar de que en este momento la reforma aún no estaba en vigor, sus principios, confirmados en apelación por el auto núm. 550/2010 de 4 de marzo de 2010, dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, inspiran este auto de inadmisión en el que se afirma que los tribunales españoles no son competentes para conocer de estos crímenes porque ya existen investigaciones abiertas por las autoridades locales en Israel: “(...) se constata la existencia de investigación militar de campo, con resultados remitidos al Fiscal General Militar y querellas recibidas por el Fiscal General del Estado, investigación interna que finalizó en archivo por la Fiscalía de Israel. Se señala que en la actualidad pende proceso penal, Caso Shehadeh (TSJ 8794/03) cuyos hitos procedimentales relevantes se describen, interrumpido hasta el dictado de la sentencia anterior; las partes consintieron la creación de una Comisión independiente de investigación de los hechos, que lleva a cabo su cometido bajo revisión judicial de sus decisiones”. En estos momentos sigue pendiente un recurso de nulidad de este auto (Recurso nº 1979/2009. Disponible [aquí](#)) que alega 1. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y 2. Vulneración del derecho fundamental a un proceso con las garantías debidas. Huelga entrar en el carácter claramente ficticio de estas investigaciones a la luz de la más que reiterada posición de Israel no solo de no aplicar la ley a estos crímenes internacionales sino de defender, con su actuación, su perpetración. Véase, en este sentido, la crítica a esta decisión de la Audiencia Nacional que hace el Profesor Ollé Sese en su intervención en la mesa redonda celebrada en el Ateneo de Madrid en febrero de 2011, organizada por la Asociación Pro Derechos Humanos de España. Disponible [aquí](#).

⁶⁹⁶ Artículo 17 del Estatuto de Roma.

prevención⁶⁹⁷. Se trata de un supuesto acaecido ya que ha tenido a España (y a su reforma del artículo 23. 4 de la LOPJ de 2009) como protagonista⁶⁹⁸.

El 21 de febrero de 2006, la Audiencia Nacional española admite a trámite una querella presentada, en ejercicio de la acción popular, por el Comité de Apoyo al Tíbet (CAT) y D. Thubten Wangchen, que ejercicía la acusación particular, contra el ex Presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, el antiguo Primer Ministro, Li Peng y otros jerarcas chinos por presunto genocidio en el Tíbet⁶⁹⁹. Los crímenes denunciados incluían el genocidio, torturas, terrorismo de Estado y crímenes contra la humanidad. Este auto, que revoca la decisión previa de inadmisión, estuvo muy influido por la célebre sentencia del TC en el caso Guatemala⁷⁰⁰, que reconoce el carácter “absoluto” del principio de jurisdicción universal en España, y fundamenta la admisión a trámite en el reconocimiento de que “a. los hechos que se relatan en la querella revisten los caracteres de genocidio; b. Concurren los presupuestos del artículo 6 del Convenio de Genocidio (agotamiento de las vías internacionales de solución y reparación); y c. Se ha ejercido racionalmente el derecho al presentar esta querella ante los tribunales españoles⁷⁰¹”.

⁶⁹⁷ Entre los autores que han denunciado esta cuestión véase, entre otros, GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal...*op. cit.* p. 40: “B. La complementariedad imposible: los territorios sin Estado (...) Existen, sin embargo, situaciones en las que es discutible desde el punto de vista del Derecho internacional que exista un Estado y, por tanto, que el territorio sobre el que determinadas personas ejercen la autoridad sea jurídico-internacionalmente un territorio de soberanía estatal. Con frecuencia, como demuestra el caso de Palestina, en estos territorios existen conflictos bélicos, generalmente vinculados a reclamaciones territoriales, pretensiones de independencia o descolonización, que son especialmente propicios para la comisión de algunos de los crímenes que contempla el Estatuto de Roma”.

⁶⁹⁸ Para un tratamiento amplio de esta reforma véase PIGRAU I SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales internacionales*, Generalitat de Catalunya, Col·lecció Recerca per Drets Humans, Barcelona, 2009.

⁶⁹⁹ Esto se hace revocando la anterior decisión de inadmisión de 5 de septiembre de 2005 del Juzgado de Instrucción.

⁷⁰⁰ Sobre esta cuestión y por todos, véase PIGRAU I SOLÉ, “Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional público: a propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y su interpretación por la Audiencia Nacional”, *REDI*, vol. 57, núm 2, 2005, pp. 893-910.

⁷⁰¹ ESTEVE MOLTÓ, J.E., “El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional. La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 22, 2006, pp. 599-604. Para más detalles sobre las violaciones de derechos humanos que se vienen perpetrando en el Tíbet desde que en 1950 fuera ocupado militarmente por China, véase

Sin embargo, este caso resultó ser uno de los muchos ejemplos en los que la *Realpolitik* redefine el curso normal de los procedimientos judiciales. Tras esta decisión revocatoria, las reacciones de las autoridades chinas no se hicieron esperar. Las presiones sobre el gobierno español se agravaron cuando el 5 de mayo de 2009 el juez de la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz, solicitó permiso al gobierno chino para interrogar a tres de sus actuales ministros. El gobierno chino respondió de manera contundente exigiendo a España que tomara “medidas inmediatas y efectivas” para que “la falsa querella” por el genocidio tibetano fuera retirada “con el fin de evitar perjuicios en las relaciones bilaterales entre España y China⁷⁰²”. Pocos días después se tramitaba la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, que abolió el principio de jurisdicción universal en España y que permitió que el 27 de octubre de 2010, la Audiencia Nacional dictara un auto sobreseiendo este caso por falta de competencia⁷⁰³. Sorprendentemente, en el momento en el que se escriben estas líneas el caso Tíbet está dando un nuevo giro, como consecuencia de la decisión de imputar al ex Presidente chino, Hu Jintao, tomada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el pasado 9 de octubre ante la constatación de la concurrencia del título habilitante de la nacionalidad española de una de las víctimas⁷⁰⁴.

Independientemente del desenlace de este trascendente asunto, el Estatuto de Roma reserva un último boleto a las víctimas de violaciones de derechos humanos en casos como el descrito: pueden esperar a que el Consejo de Seguridad, en aplicación del Capítulo VII, remita el caso a la CPI, siempre y cuando, el crimen se haya cometido después de la entrada en vigor del CPI (2002), que, por desgracia, no es el caso del genocidio tibetano.

de este mismo autor, “El Tibet, la frustración de un Estado. El genocidio de un pueblo”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2004.

⁷⁰² China exige al Gobierno que Pedraz aparque el caso Tíbet en pro de las buenas relaciones, RTVE, 7 de mayo de 2009, Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

⁷⁰³ Véase, para un tratamiento exhaustivo de esta cuestión, FEJOO SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009. Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2010 (“Caso Tibet”) y al Voto particular que formulan tres magistrados”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 1/2011.

⁷⁰⁴ Institut de drets humans, Universitat de Valencia, “Jose Elías Esteve, del IDH, consigue la imputación del Presidente chino Hu Jintao por genocidio en el Tíbet, 16 de octubre de 2013. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013; “La Audiencia imputa al ex presidente chino Hu Jintao por genocidio en el Tíbet, El Mundo, 10 de octubre de 2013. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

6.2. El significado de la obligación de extraditar o juzgar

Llegados a este punto, una vez justificadas y presentadas las ventajas que, tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el de la erradicación de la impunidad, se derivan de la consolidación de esta herramienta, es necesario abordar, en términos exhaustivos, el alcance y el significado de la obligación de extraditar o juzgar. En tanto que el fin último de esta obligación es empoderar a los tribunales nacionales para que sean estos los que lleven a cabo la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad sobre la base de la presencia de los presuntos autores en su territorio, una investigación rigurosa no podía dejar de abordar las desventajas inherentes al ejercicio de esta jurisdicción. La erradicación de la impunidad y la protección de los derechos de seguridad jurídica han sido los dos motivos que se han venido esgrimiendo para justificar el presente enfoque⁷⁰⁵. Se parte de la hipótesis de que la promoción de la jurisdicción de los tribunales nacionales en este ámbito puede contribuir notablemente a la consecución de estos dos objetivos.

No sería riguroso, en términos académicos, defender la consolidación de una herramienta de esta magnitud, sin haber valorado previamente los efectos que pueden derivarse de su efectiva implementación. Se requiere una evaluación objetiva de los riesgos para los derechos humanos y un examen realista de la contribución a la erradicación de la impunidad que la puesta en marcha de este instrumento entrañaría, con el fin de comprobar que los objetivos que justifican su existencia son alcanzables. Era, por tanto, necesario para ver el cuadro completo, plantear estas cuestiones en el apartado anterior⁷⁰⁶. El resto del capítulo VI, y los capítulos VII y VIII intentarán determinar el alcance, el contenido y la naturaleza jurídica de esta obligación, tratando de responder así a la duda que flota en el aire: ¿cuál es la capacidad de esta herramienta jurídica de promoción de las jurisdicciones nacionales para lograr el ambicioso objetivo

⁷⁰⁵ Para una discusión sobre la relación entre ambas cuestiones véase BASSIOUNI, M.C., “The proscribing function of international law in the process of international protection of human rights”, *Yale J. World Pub. Order*, vol. 9, 1983, p. 193.

⁷⁰⁶ Ofreciendo así una imagen nítida del potencial de esta herramienta como catalizadora del rol de las jurisdicciones nacionales, en un contexto internacional de coexistencia con otras jurisdicciones penales mixtas o internacionales que subsidiariamente pueden llegar a conocer de estas violaciones graves del derecho internacional.

de, en el marco del respeto a los derechos humanos, impedir que los autores de crímenes de lesa humanidad queden impunes? Como se verá, el enfoque descriptivo se alternará con el prescriptivo, en aquellos puntos en los que no exista práctica estatal, fuentes convencionales, o normas consuetudinarias de las que inferir el contenido exacto del *aut dedere aut judicare*. Esto se evidenciará sobre todo a la hora de definir el nivel de protección de derechos humanos aplicable por el Estado del territorio en el que se halle el presunto autor de un crimen de lesa humanidad, bien al enjuiciamiento, bien a la extradición del mismo. Con ello, se pretenden mitigar los riesgos derivados de la existencia de una obligación consuetudinaria que atribuya competencia jurisdiccional forzosa a los Estados en base al criterio de la presencia en el territorio⁷⁰⁷.

La estructura que se seguirá consistirá en abordar, en primer lugar, el origen histórico de esta figura para después entrar a diseccionar el significado de esta obligación y la forma en la que las dos alternativas se relacionan entre sí. En tercer lugar, se estudiarán las relaciones entre la obligación jurídica de extraditar o juzgar y el principio de jurisdicción universal para terminar con un minucioso análisis del proyecto de artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar en el que trabaja en estos momentos la CDI.

6.2.1. Historia y evolución del concepto

Generalmente, los autores que se han adentrado en el estudio de la obligación de extraditar o juzgar han coincidido en situar la primera referencia a la máxima objeto de estudio en el s. XVII. Es más, la percepción de Hugo Grocio como padre de este principio está ampliamente extendida entre los iusinternacionalistas de todo el mundo⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ Entre los riesgos más evidentes, debe subrayarse el peligro de violaciones de derechos humanos que se deriva de la existencia de variaciones en los niveles de protección jurídica de los derechos fundamentales en los distintos países. Esto ha sido tratado en profundidad en el capítulo I.

⁷⁰⁸ En este sentido véase, entre otros, internacionales: BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*; ENACHE-BROWN, C. y FRIED, A., "Universal Crim, Jurisdiction and Duty. The obligation of aut dedere aut judicare in International Law, *McGill Law Journal*, vol. 43, 1998; ROHT-ARRIAZA, N., 'State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law', *California Law Review*, vol. 78, núm. 2, 1990, pp. 449-513; MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law...op cit.*; GITTI, A., "Impunity under National Law and Accountability under International Human Rights Law: Has the Time of a Duty to Prosecute Come?", *ItYBIL*, vol.9, 1999, pp. 64-85; PLACHTA, M., 'Contemporary Problems of Extradition...op cit.'; RABBAT, P., "Aut dedere aut judicare: Constitutional Prohibitions on Extradition and the Statute of Rome", *Revue québécoise de droit international*, vol. 15, núm. 1, 2002, pp. 179-204; KELLY, M.J., 'Cheating Justice by Cheating Death...op cit.

La contribución grociana a la construcción de la obligación de extraditar o juzgar es incuestionable. Así, ninguna investigación que pretenda analizar esta institución puede dejar de analizar el *aut dedere aut punire* que nos presentó Grocio en 1625 en su célebre tratado sobre el derecho de la guerra y de la paz⁷⁰⁹.

Sin embargo, según una parte de la doctrina española, las raíces de esta obligación pueden tener un origen aún más antiguo, llegando a retrotraerse al siglo XVI. En un artículo académico recientemente publicado, la profesora Abad Castelos realiza una interesantísima revisión de la historia de este principio, que inevitablemente confluye con la historia del principio de jurisdicción universal, y halla sus primeras manifestaciones entre los religiosos que fueron testigos, directa o indirectamente, de las atrocidades cometidas por la Corona española en América:

“Así, las primeras referencias al fundamento de la jurisdicción universal cabe encontrarlas en los siglos XVI y XVII, fundamentalmente en las obras de Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias, Suárez y Hugo Grocio. De hecho, la formulación doctrinal del principio de jurisdicción universal es una aportación de juristas españoles en el desarrollo del debate que suscita Bartolomé de las Casas por los crímenes, hoy llamados de lesa humanidad, cometidos por algunos españoles en América; y fue a su vez el jurista español Diego de Covarrubias, quien sostenía, a mediados del siglo XVI, que los grandes crímenes contra la Humanidad no deben quedar impunes, y deben ser perseguidos en el lugar en el que se cometieron, y de no ser así, otro país puede arrogarse el derecho de perseguirlos, aunque el delincuente no se encuentre en él⁷¹⁰”.

⁷⁰⁸ GROCIO, H., *De Iure Belli ac Pacis*, 1625; traducción española: Del derecho de la guerra y de la paz, Clásicos jurídicos, Editorial Reus, traducción de Jaime Torrubiano Ripoll, 1925. En el capítulo XXI del libro II, párrafo IV (pp. 160-164) se recoge esta figura de manera extensa.

⁷⁰⁹ *Id.*

⁷¹⁰ ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012, p. 70, citando a GARCÉS, J., “Epílogo”, *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, PÉREZ GONZÁLEZ, C. y ESCUDERO ALDAY, R. (editores), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 231-238, p. 233. Véase también la declaración común de los cuatro jueces en el caso Lockerbie (Medidas Provisionales), en la que se afirma que la idea llevaba dando vueltas “since the days of Covarrubias and Grotious”. Ver TIJ, Cuestiones de interpretación y aplicación del Acuerdo de Montreal surgidas como consecuencia del incidente aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Los Estados Unidos), Medidas

Así, esta autora nos presenta a Diego de Covarrubias, influyente teólogo, político y jurista español⁷¹¹, como el verdadero precursor del principio objeto de estudio. Sin perjuicio de este reconocimiento, el gran desarrollo de esta idea realizado por el jurista holandés merece una atención especial en tanto que sienta los cimientos de lo que más tarde vendría a convertirse en una de las herramientas internacionales más eficaces de lucha contra la impunidad: la obligación de extraditar o juzgar⁷¹².

6.2.1.1. Hugo Grocio y el *aut dedere aut punire*

Se ha avanzado ya que la primera articulación estructurada de la obligación de entregar o castigar aparece en el siglo XVII en la obra magna de Grocio “*De iure belli ac Pacis*”. En concreto, en el capítulo XXI del libro II, el autor nos presenta este principio rector de las relaciones internacionales, tal y como él las concebía:

“Mas, no soliendo permitir las ciudades que otra ciudad armada penetre en su territorio a título de exigir una pena, ni convenga esto, síguese que la ciudad en la cual mora el que es convicto de culpa debe hacer una de las dos cosas, o castigar, requerida ella, al delincuente, según su mérito, o permitir que se le castigue al arbitrio del interpelante; esto último es entregar, lo cual frecuentísimamente ocurre en las historias”.

cautelares, Auto de 14 de abril de 1992. ICJ Reports 1992, Declaración conjunta de los jueces Evensten, Tarassov, Guillaume y Aquilar Mawdsley JJ., párr. 2. Disponible [aquí](#). Otros autores afirman que para encontrar las primeras manifestaciones del principio de extraterritorialidad es preciso, al menos en lo que a España se refiere, acudir a las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, redactadas en 1265. OLLÉ SESE, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales...op cit.*, p. 355: “La Ley 15 del título I prescribía: “(e)t si aquel que fizo el yerro, fuese home que anduviese fuyendo de un lugar a otro, de manera que non lo pudiesen fallar, do fizo el alfecho, nin do ha la mayor parte de sus bienes, o do ha la mayor morada, enconces á este atal en cualquier lugar quel falen lo pueden acusar, et él es tenuto de responder al acusamiento”. El texto completo puede consultarse en [aquí](#).

⁷¹¹ Nacido en 1512 en Toledo, fue obispo de Ciudad Rodrigo, profesor de Derecho Canónico en Salamanca y Oviedo y Presidente del Consejo de Castilla. Para un análisis más exhaustivo, véase entre otros, MALAGÓN-BARCELÓ, J. "El obispo don Diego de Covarrubias Leyva: (1512-1577)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año VIII, núm. 24, 1975.

⁷¹² Otros autores retrotraen el origen de la idea que subyace a esta obligación alternativa al s.XIV y la atribuyen al jurista medieval italiano Baldus de Ubaldis (1327-1400). BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, p. 28

El jurista interrumpe su definición para enumerar una docena de casos históricos en los que se ha requerido, en los términos referidos, la entrega de un “presunto” delincuente por parte de un reino o un imperio a otro con el fin de proceder a su castigo⁷¹³.

La obligación de entregar o castigar es presentada por Grocio en este tratado como una obligación disyuntiva para el “Estado” requerido que puede, en ocasiones, darle “a los que piden a los delincuentes opción, por lo que se satisfaga más copiosamente⁷¹⁴”. Grocio también hace un esfuerzo por delimitar el alcance y contenido de este principio evitando que su elaboración se limite a un plano abstracto. En este sentido, aborda la cuestión de cuándo se considera perfecta la entrega, así como las consecuencias de la misma:

“Mas entregar, de que aquí tratamos, no es otra cosa sino entregar al ciudadano a la potestad de otro pueblo, de suerte que establezca de él lo que quisiere. Y esta permisión no le da derecho alguno o lo quita; quita solamente el impedimento de la ejecución. Por lo cual, si el otro pueblo no usa el derecho concedido, estará aquel que fue entregado en condición que pueda ser o no castigado por su pueblo (lo cual sucedió a Clodio entregado a los Corsos y no aceptado por ellos), como hay muchos delitos en los cuales pueden hacerse ambas cosas⁷¹⁵”.

La entrega, en la fórmula grociana, tiene prioridad sobre el castigo en tanto que se basa en el derecho natural a infligir un castigo que pertenece al Estado dañado, derecho cuyo ejercicio no debe ser obstaculizado por el Estado en el que el responsable busque refugio⁷¹⁶.

⁷¹³ GROCIO, H., *De Iure Belli ac Pacis...op cit.*, p.160-161: “(...) Así Catón quiso que fuera entregado César a los germanos por haberles declarado injustamente la guerra. Así, los galos pedían que se les entregasen los Fabios, por haber peleado contra ellos. Los romanos exigieron de los hérnicos que les fueran entregados los asoladores de su campo, y de los cartagineses que les fuera entregado Amílcar, no aquel noble capitán, sino otro que levantaba a los galos; y después pidieron también a Aníbal (...)”.

⁷¹⁴ *Id.*, p. 162.

⁷¹⁵ *Id.*, pp. 163-164.

⁷¹⁶ Así lo han interpretado los primeros referentes académicos del *aut dedere aut judicare*, BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, p. 5: “Therefore, it ordinarily must deliver a guilty individual to the requesting state for punishment. It is not rigidly bound to do so. It has an alternative: to punish the offender itself. But it is bound to do one or the other: either extradite or punish”.

En cuanto al sujeto pasivo u objeto de la obligación disyuntiva, Grocio propone una interpretación amplia del mismo, dilatando así el alcance de la obligación en aras de la erradicación de la impunidad: “Y lo que dijimos de los delincuentes que se han de entregar o castigar no solo se refiere a aquellos que fueron siempre súbditos de aquel cerca de quien se hallan ahora, sino también a aquellos que se refugiaron allí después de cometido el crimen⁷¹⁷”.

De una interpretación literal de este enunciado, se infiere que el autor consideraba la obligación alternativa aplicable tanto a extranjeros como a nacionales del Estado en el que el presunto autor fuera detenido (*forum deprehensionis*).

Por último, Grocio aborda en términos descriptivos los delitos a los que se ha venido aplicando la citada obligación, sin ofrecer ninguna valoración concluyente o prescriptiva acerca de lo que considera, debiera ser, el alcance material de este principio:

“Por lo demás, este derecho que dijimos de pedir para castigarlos a aquellos que huyeron fuera del territorio, en este y en los próximamente pasados siglos, se ejerce en las más partes de Europa acerca de aquellos crímenes que tocan el estado público o que tienen consigo una gran atrocidad. Los delitos menores prevaleció que se pasaran con mutuo disimulo, a no ser que por las leyes de la alianza se hubiere pactado algo más propio⁷¹⁸”.

Con todo, el requisito de la concurrencia de un crimen internacional de naturaleza grave como elemento consustancial a este principio ya se intuye en esta fase embrionaria de su construcción. El *aut dedere aut punire* que nos propone Grocio a principios del siglo XVII mientras se encuentra exiliado en Francia⁷¹⁹, indudablemente, persigue el mismo objetivo de erradicar la impunidad que subyace en la actualidad tanto al principio de

⁷¹⁷ *Id.*, p. 164.

⁷¹⁸ *Id.*, p. 169.

⁷¹⁹ Tras ser condenado a cadena perpetua en Holanda por sus convicciones liberales que se oponían tanto a la ortodoxia calvinista como a la casa de Orange, logró fugarse con la ayuda de su mujer, María Rieigersberg, a París, desde donde escribió su obra maestra.

jurisdicción universal como a la obligación de extraditar o juzgar. Para ello se apoya en el derecho desde una marcada posición iusnaturalista⁷²⁰.

Sin embargo, con la consolidación de la presunción de inocencia en el contexto del reconocimiento de los derechos humanos a raíz de la revolución francesa, esta fórmula tuvo que ser transformada para cumplir con las nuevas exigencias. La obligación de *extraditar o castigar* se convirtió así en la obligación de *extraditar o juzgar*.

6.2.1.2. El surgimiento de los derechos humanos y la reelaboración de la obligación⁷²¹

Tras la segunda guerra mundial, varios tratados internacionales contemplaron la inclusión de esta cláusula como herramienta de lucha contra la impunidad en relación a determinados crímenes internacionales de especial gravedad. El reconocimiento de los derechos humanos y el desarrollo de los derechos de seguridad jurídica en este marco hicieron ineludible la reformulación del principio, que reaparece en este momento de posguerra como un principio fundamentalmente convencional.

Así, el *aut dedere aut punire* se convirtió en *aut dedere aut judicare*. Mediante este pequeño cambio en su enunciado, se abría la puerta al reconocimiento de la presunción

⁷²⁰ Es importante recordar ya en este punto que, a pesar del carácter lineal con el que se ha descrito la evolución histórica de esta obligación alternativa, la aceptación de la jurisdicción extraterritorial que la misma entraña no fue una cuestión pacífica entre los pensadores y juristas más o menos contemporáneos. Así, cabe destacar la crítica postura de Cesare Beccaria al respecto. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas...op cit.*, párr. 71: “Algunos piensan que una acción cometida, por ejemplo en Constantinopla, puede ser castigada en París, fundados en la razón abstracta de que quien ofende a la humanidad merece tener toda la humanidad por enemiga, y el aborrecimiento universal, como si los jueces tuvieran que ser caballeros errantes en general, en lugar de guardianes de las convenciones particulares entre hombres”. También mantiene que “el lugar de castigo es donde se cometió el crimen solamente” (párrs. 135-136). Existen otras interpretaciones de las palabras de Beccaria más favorables al reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar. Así, Cassese estima que la presencia del acusado en el Estado que debe proceder a extraditarlo o a juzgarlo representa un vínculo territorial suficiente para superar la crítica del juez como “caballero errante del derecho”. Véase CASSESE, A., *International Criminal Law...op cit.*, p. 453.

⁷²¹ Nótese que en este apartado, se toman los cambios que aparecen en los convenios internacionales como única fuente de la evolución de la cláusula. Sin embargo, el estudio de estos instrumentos se ha considerado aquí suficiente para ilustrar la dirección que está tomando su configuración en el ámbito de la regulación de los crímenes internacionales sin perjuicio de que el siguiente capítulo se aborde, exclusivamente en relación al crimen de lesa humanidad, el tratamiento e influencia del resto de las fuentes que han contribuido al desarrollo progresivo de este principio (tratados, resoluciones del C°S, legislación y jurisprudencia nacional e internacional). Se ha estimado adecuado ilustrar la evolución histórica desde su consolidada configuración convencional, en tanto que referirnos aquí a las fuentes de la costumbre habría adelantado la discusión desarrollada en el último capítulo.

de inocencia y a todos los derechos de seguridad jurídica inherentes al propio concepto del “enjuiciamiento”⁷²². La alternativa (obligatoria) a la extradición para el Estado en cuyo territorio se encontraba el presunto delincuente no era ya el castigo del mismo, sino simplemente su enjuiciamiento, que podía resultar tanto en una condena como en una absolución.

Curiosamente, la obligación de extraditar o juzgar aparece por primera vez en un tratado internacional de carácter predominantemente económico. Así, es el Convenio de Ginebra, de 20 de abril de 1929, para la Represión de la Falsificación de la Moneda el que incorpora por primera vez a un instrumento convencional, esta obligación alternativa en su artículo 8 en los siguientes términos:

“En los países que no admitan el principio de extradición de los nacionales, sus nacionales que hubieran regresado al territorio de su propio país, después de haber cometido en el extranjero los hechos previstos en el artículo 3, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiese sido cometido en su territorio, y esto, aún en el caso de que el culpable hubiera adquirido su nacionalidad con posterioridad a la comisión de la infracción. Esta disposición no se aplicará si, en un caso semejante, la extradición de un extranjero no pudiere concederse”⁷²³.

Esta fórmula servirá de modelo para posteriores tratados internacionales que articulen la figura de la extradición. Se puede apreciar que en este instrumento, el tratamiento de los nacionales es distinto al de los extranjeros. En el caso de los primeros, el enjuiciamiento es obligatorio cuando, de acuerdo a la legislación interna, la extradición no ha lugar por la vigencia del principio de no extradición de nacionales⁷²⁴. En el caso de los segundos, sin embargo, la obligación de juzgar no se activa automáticamente por la denegación de

⁷²² Sin perjuicio de que la doctrina haya subrayado que el propio Grocio defendía ya la presunción de inocencia en su “*aut dedere aut punire*”, y que esto se podía deducir de una interpretación integral de su obra. Véase PLACHTA, M., “*Aut dedere aut judicare: an overview of modes of implementation and approaches*”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, vol. 6, núm. 4, p. 332.

⁷²³ Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de la moneda. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

⁷²⁴ Véase el capítulo I para una breve discusión sobre la existencia y transformación de un principio de no extradición de nacionales.

la extradición y la posibilidad de enjuiciar a los extranjeros se condiciona a la existencia de un reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial en la legislación interna del Estado en el que se encuentra el mismo. Así lo recoge el artículo 9, que insiste en la discrecionalidad soberana de los Estados (al menos en relación al tratamiento de los extranjeros que se encuentren en su territorio) como eje del sistema de cooperación penal para luchar contra la impunidad en el ámbito de este delito:

“Los extranjeros que hubieren cometido en el extranjero hechos de los previstos en el artículo 3, y que se encontraren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general, el principio de perseguir las infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de ese país. La obligación de perseguir las infracciones estará subordinada a la condición de que la extradición hubiere sido pedida y que el país a quien se pida tal extradición no pudiese entregar al culpable por motivos que no tenga conexión con la infracción de que se trate”.

A partir de los años 30, se puede apreciar una vuelta a una tendencia cuasi-grociana en el Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas de 1936⁷²⁵ y en el Convenio sobre Tráfico de Personas de 1950⁷²⁶. En ambos instrumentos, la alternativa a la extradición por la presunta comisión de los delitos que regulan no se formula en términos de enjuiciamiento sino en términos de “persecución y castigo⁷²⁷”. La discrecionalidad del Estado y el reconocimiento de la primacía de las leyes internas en materia de extradición y jurisdicción extraterritorial siguen presentes, con pequeñas

⁷²⁵ Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas de 26 de junio de 1936, artículos 7 y 8. Disponible [aquí](#). Consultado el 25/04/2013.

⁷²⁶ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena y protocolo final de 2 de diciembre de 1949, artículo 9. Este instrumento articuló la referida obligación en idénticos términos con respecto a sus nacionales, pero especificó que este enunciado no sería de aplicación en relación a los no nacionales, respecto de lo cuales no se presupone la competencia extraterritorial, ni para proceder a su enjuiciamiento ni a su extradición. Para una ordenada sistematización del contenido y alcance de la obligación en los instrumentos internacionales multilaterales, véase el Capítulo VII, “El principio como obligación convencional”.

⁷²⁷ Esta fórmula aparece también en el borrador del Convenio para la prevención y sanción del terrorismo de 16 de noviembre de 1937, primer instrumento internacional que intentó ofrecer un mecanismo para la represión de este crimen pero que no logró entrar en vigor por no lograr el número de ratificaciones necesarias.

modificaciones, fundamentalmente consistentes en la agrupación de las categorías de personas (nacionales y no nacionales) a las que se les puede aplicar la obligación alternativa, en un solo artículo, en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes⁷²⁸ y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971⁷²⁹.

La obligación de extraditar o juzgar se articula también en algunos instrumentos internacionales como una obligación alternativa pero irrenunciable. Sucede así en los Convenios de Ginebra de 1949, reguladores del derecho internacional humanitario. El hecho de que en la construcción incluida en estos instrumentos no se haga referencia expresa al requisito de la presencia del acusado en el territorio de cualquiera de las Partes Contratantes, desata dudas acerca del carácter configurador del requisito territorial para la activación de la obligación de extraditar o juzgar, al menos en relación a los más graves crímenes internacionales⁷³⁰. A efectos de la presente investigación, en tanto que circunscrita a los crímenes de lesa humanidad, la fórmula escogida para reprimir las violaciones graves de los referidos convenios, cobra especial relevancia ya que el contenido de los mismos (tipificación de los crímenes de guerra) es de los pocos comparables, en gravedad, al de los crímenes de lesa humanidad. Los 4 Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional recogen esta obligación alternativa en los siguientes términos:

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su

⁷²⁸ La Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, desarrolla esta obligación alternativa en su artículo 36 (2)(a)(iv) e incluye una referencia al *non bis in idem*: “Los referidos delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición de conformidad con la ley de la Parte a la cual se la solicita, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado”.

⁷²⁹ Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971, artículo 22(2)(a)(iv).

⁷³⁰ De ser así, podríamos hablar de una versión reforzada de la obligación de extraditar o juzgar, a caballo entre la obligación clásica que requiere, para su activación, la presencia del acusado en el territorio del Estado y el principio de jurisdicción universal, que reconoce la competencia de cualquier Estado para el enjuiciamiento de las más graves violaciones de derecho internacional independientemente de su reconocimiento en instrumentos convencionales.

nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes⁷³¹”.

Unos años más tarde, el Convenio de la Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, se aleja de la flexibilidad y reconocimiento de la discrecionalidad de la fórmula del Convenio para la Represión de la Falsificación de la moneda y recoge el contenido de esta obligación en términos mucho más rígidos. Acentúa el carácter imperativo del enjuiciamiento de no procederse a la extradición. El carácter irrenunciable de la obligación alternativa queda incorporado a través de la inclusión de la fórmula “sin excepción alguna”. También es necesario destacar que el tenor de esta construcción exige que el Estado en el que se encuentra el presunto delincuente, tome medidas para establecer su jurisdicción sobre el delito, si decide no proceder a la extradición del acusado.

La fórmula del Convenio de la Haya cristaliza una versión del *aut dedere aut judicare* que no podía estar más alejada, en términos de reconocimiento de derechos de seguridad jurídica, del *aut dedere aut punire* grociano. Quede mencionada aquí una de las características que corrobora lo afirmado: en lugar de requerir directamente el enjuiciamiento como alternativa a la extradición, si esta era denegada, la letra del Convenio alude al deber del Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente a someter “el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”, de lo cual se puede inferir que la apertura de un proceso penal y la acusación formal no son imperativas, sino que dependen de la valoración de los órganos jurisdiccionales del Estado en cuyo territorio se halle el presunto delincuente⁷³².

⁷³¹ Artículo 49 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña de 12 de agosto de 1949; artículo 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar de 12 de agosto de 1949; artículo 129 del Convenio de Ginebra relativo al trato dado a los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949; artículo 146 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949 y el artículo 85 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra que reconoce que “Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”.

⁷³² Que no es otra cosa que el cumplimiento del requisito procesal de constatar la existencia de indicios razonables para la apertura del procedimiento penal (o constatación de la existencia de un caso *prima facie*, en el sistema anglosajón).

Salvando algunas excepciones⁷³³, se puede afirmar que la fórmula articulada en los artículos 4.2 y 7 del Convenio de la Haya⁷³⁴ ha sido tomada como el modelo para los sucesivos convenios y tratados internacionales que se han redactado para luchar contra los crímenes internacionales⁷³⁵, así como para los convenios penales regionales,

⁷³³ La Convención contra el apartheid de 1973 se perfila en este contexto como la excepción que confirma la regla, en tanto que se limita a articular la obligación de los Estados Parte a “adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas” (artículo IV.b). El artículo XI. 2 sin embargo parece contradecir lo anterior al afirmar que “Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen en tal caso a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes”. Ver también la configuración del *aut dedere aut judicare* en el artículo 7 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973, que se basa en el Convenio Europeo sobre Extradición de 1957 (artículo 6.1.d). También recogen esta fórmula el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Extradición de 1933.

⁷³⁴ Artículo 4.2: “Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”; Artículo 7: “El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio”. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970.

⁷³⁵ Esta postura es sostenida también por Claire Mitchell, autora de la monografía más reciente sobre la obligación de extraditar o juzgar, que enumera los 15 instrumentos multilaterales en los que se ha incorporado esta fórmula de manera literal. MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law...op cit.*, Cap. 1. Sources of the “aut dedere aut judicare” obligation, párr. 8. Para llevar a cabo el anterior recorrido histórico de las distintas fórmulas del *aut dedere aut judicare* que han aparecido en los diversos instrumentos internacionales, se ha utilizado como modelo clasificatorio de referencia el utilizado por E. Wise y M.C. Bassiouni en “*Aut dedere aut judicare...*”, *op cit.*, pp. 11-19. Estos dos autores proponen un modelo de ordenación de los instrumentos internacionales a través del cual dividen en 4 grupos los convenios que desde 1929 han venido articulando, de diversas formas, la obligación de extraditar o juzgar: 1) El modelo de los tratados de extradición, dirigido a resolver el problema de impunidad derivado del principio de no entrega de nacionales. Ej. El Convenio Europeo de Extradición de 1957; 2) El modelo del Convenio para la Represión de la Falsificación de la Moneda de 1929, que reconoce la discrecionalidad del Estado para proceder al castigo del acusado cuando deniegue su extradición en función de su legislación sobre jurisdicción extraterritorial. Ej. El Convenio para la Represión de la Falsificación de la Moneda de 1929; 3) El modelo de los Convenios de Ginebra de 1949, que articulan una obligación alternativa pero imperativa; y 4) El modelo del Convenio de la Haya sobre el secuestro de aeronaves de 1970, que no condiciona la obligación del Estado parte de enjuiciar, en el caso de que deniegue la extradición, a la existencia de normas internas reguladoras de la jurisdicción extraterritorial. Ej. Convención contra la Tortura de 1984. Al margen de esta clasificación, estos autores ponen de manifiesto la existencia de un instrumento híbrido: la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Este instrumento utiliza el lenguaje del modelo del Convenio de la Haya pero se deduce de la interpretación conjunta de los artículos que la regulan que en el mismo, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial sobre los no nacionales cuya extradición se deniegue, es

desarrollados fundamentalmente a partir de los años 70. Todos ellos incluyeron de una u otra forma la obligación de extraditar o juzgar⁷³⁶. La adopción de esta fórmula marcó un antes y un después en el derecho internacional. Tal y como afirma el magistrado Guillaume en su opinión particular en el caso de la Orden de Detención (R.D Congo c. Bélgica), “(...) Desde ese momento, la obligación de juzgar dejó de estar condicionada a la concurrencia de jurisdicción, más bien, (a partir de este momento) la jurisdicción misma tuvo que ser establecida para posibilitar el enjuiciamiento⁷³⁷”.

6.2.2. Concepto. El carácter alternativo de la obligación de extraditar o juzgar

Se ha de comenzar este epígrafe con una pregunta: ¿Es la obligación de extraditar o juzgar una obligación alternativa? En la Enciclopedia Max Planck de Derecho Internacional Público de 2011, el profesor Michael Scharf ofrece una respuesta a la pregunta que encabeza este epígrafe:

“Bajo la fórmula *aut dedere aut judicare*, el Estado elegido tiene la posibilidad de elegir, puede optar por iniciar un procedimiento en lugar de extraditar cuando por ejemplo, tiene dudas acerca de la efectividad o la justicia de un posible enjuiciamiento en el Estado requirente⁷³⁸”.

En efecto, Scharf reconoce que la elección entre una y otra opción es discrecional para el Estado en el que se encuentre el presunto responsable del crimen. Sin embargo, la

flexible y no obligatoria para el Estado del territorio en el que se encuentre el presunto delincuente. Véase artículo 9 del referido Convenio.

⁷³⁶ Claire Mitchell, que recoge en su anexo I una lista exhaustiva de los convenios penales regionales (18), subraya que no existe homogeneidad en las fórmulas escogidas por los distintos instrumentos para articular la obligación alternativa. MITCHELL, C., “*Aut Dedere Aut Judicare....*”, *op.cit.* Anexo I.

⁷³⁷ TIJ, Opinión particular del Presidente Gilbert Guillaume, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, párr. 7. Traducción de la autora. Es interesante resaltar que esta solución fue adoptada a propuesta de España por 34 a favor votos a 17 en contra y 12 abstenciones. Véase el análisis de la Conferencia de adopción de la Convención realizado por este mismo magistrado en 1970. GUILLAUME, G., “La Convention de la Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d’aéronefs”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 16, 1970, p. 49.

⁷³⁸ SCHARF, M., “*Aut dedere...*”, *op. cit.* párr. 1. Traducción de la autora.

utilización de términos como “elección” no debe confundirnos, ya que de una atenta lectura del conjunto del precepto, se infiere que el enjuiciamiento se presenta como la segunda opción, en tanto que la posibilidad de recurrir al mismo parece activarse sólo cuando se sospeche que concurre alguna situación potencialmente vulneradora de los derechos de seguridad jurídica del acusado o se constate la existencia de indicios de ineficacia en los procesos desarrollados en el país en cuestión. Por otro lado, también se deduce de esta misma construcción, que la decisión de aplicar una u otra alternativa es, en sí misma, imperativa.

Abordar el estudio de esta cuestión con rigor requiere, ante todo, poner de manifiesto que las fórmulas recogidas en los distintos instrumentos convencionales, bilaterales, regionales y multilaterales presentan importantes variaciones, tal y como se ha esbozado en el apartado correspondiente a la evolución histórica de este principio⁷³⁹. Es de justicia reconocer pues, la dificultad de esgrimir aquí una propuesta de contenido de alcance universal, aplicable a todos los delitos respecto de los cuales se haya reconocido la vigencia de la obligación objeto de estudio.

Siendo consciente de ello, en este apartado, el objetivo perseguido no es otro que el de ofrecer todas las opciones interpretativas existentes tanto de los distintos componentes de la obligación por separado como de la obligación en sí misma a la luz de la interacción entre los elementos que la componen. Se trata de presentar el abanico completo de posibilidades de interpretación para después, a la luz de las características del ámbito sustantivo de esta investigación (el crimen de lesa humanidad), proponer una interpretación del alcance y contenido de la obligación de extraditar o juzgar adecuada al mismo. De esta manera, se alcanzaría uno de los objetivos de la presente tesis: presentar una técnica metodológica mediante la cual identificar la naturaleza jurídica de

⁷³⁹ En este sentido, el problema de la fragmentación del DI representa, sin lugar a dudas, una de las mayores amenazas a las que se enfrenta este sistema normativo en la actualidad, tal y como refleja el prolífico desarrollo doctrinal de los últimos años acerca de los desafíos de este fenómeno. Véase, por todos, KOSKENNIEMI, M., y LEINO, P., “Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties” *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 553-579. La CDI también ha abordado esta cuestión mediante el nombramiento de un Relator Especial y la creación de un Grupo de Trabajo, que en 2006 publicó un Informe final que se divide en 42 conclusiones sobre el tema. CDI, “Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades que surgen de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, 2006. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013.

la obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad que, eventualmente pueda extenderse a otros crímenes internacionales⁷⁴⁰.

6.2.2.1. La labor de codificación y desarrollo progresivo de la CDI

Comprender el significado de los elementos que componen una obligación internacional es fundamental para identificar su naturaleza jurídica⁷⁴¹. Para responder a la pregunta del contenido y alcance de la obligación de extraditar o juzgar se atenderá principalmente a los resultados obtenidos por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas que, a través del Relator Especial y el Grupo de Trabajo creado específicamente para este tema, lleva desde el 2005 concentrada en dar respuestas a cuestiones como los fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar; el ámbito *ratione materiae* de la obligación de extraditar o juzgar; el contenido de la obligación de extraditar o juzgar; la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y otros principios; las condiciones de nacimiento de la obligación de extraditar o juzgar; el modo de hacer efectiva la obligación de extraditar o juzgar y la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y la entrega del supuesto infractor a un tribunal penal internacional competente⁷⁴².

⁷⁴⁰ Se hace constar aquí que aunque en el plano del cumplimiento, también existe la opción de imponer el cumplimiento de las sentencias penales extranjeras en virtud del principio “*aut dedere aut persequi*”, esta cuestión no será abordada en este trabajo en tanto que se estima que pertenece a la segunda y necesaria fase a recorrer en la lucha contra la impunidad. El estudio de ambas fases excede el ámbito de esta investigación aunque se reconoce que la segunda fase, consistente en garantizar el cumplimiento de la condena impuesta, es tan importante como la primera, consistente en garantizar que el hecho delictivo sea enjuiciado, para la efectiva erradicación de la impunidad.

⁷⁴¹ Una de las cuestiones semánticas de mayor trascendencia en este ámbito fue la decisión del Relator Especial, esbozada ya en el Informe Preliminar y reiterada en el Segundo y Tercer Informe, de optar por el término “obligación” en lugar del de “principio”, también propuesto. Entre las ventajas de la utilización del primer término sobre el segundo se destaca su mayor utilidad a los fines de la codificación y su mayor adecuación en tanto que con carácter general la obligación de *aut dedere aut judicare* se considera una regla secundaria y no primaria. Véase Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr 85; Comisión de Derecho Internacional, 60º período de sesiones, Tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 10 de junio de 2008, Doc. A/CN. 4/603, párr. 35.

⁷⁴² Preguntas extraídas del marco general propuesto por el Grupo de Trabajo para el examen del tema por parte de la Comisión. Este marco general propuesto fue incluido por la Comisión en el informe de su 61º período de sesiones. Comisión de Derecho Internacional, Informe de su 61º período de sesiones (de 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2008), Doc. A/64/10, cap. IX, secc. B.2.

Los primeros pasos dados por la Comisión estuvieron dirigidos a poner de manifiesto la importancia de definir la naturaleza jurídica de cláusula alternativa, y pueden retrotraerse al momento del surgimiento mismo de las Naciones Unidas. Así, ya en su primer período de sesiones en 1949, la Comisión de Derecho Internacional incluyó la consideración de cuestiones que, de manera indirecta, contribuirían a definir este principio, en la lista de cuestiones a tratar⁷⁴³.

A pesar del temprano reconocimiento de la necesidad de colmar este vacío jurídico, los esfuerzos por hacerlo en la práctica no se hacen patentes hasta el año 2004, cuando el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión recomienda la inclusión de este tema en el programa de trabajo futuro de la Comisión y, con la vista puesta en la eventual codificación de esta materia, afirma que su “examen debería comenzarse tan pronto como fuera posible”⁷⁴⁴. A la luz de esta recomendación y sobre la base del informe de la Sexta Comisión⁷⁴⁵, la Asamblea General aprueba la Resolución 59/41, en la que abre la puerta a la inclusión de este tema en el programa de

⁷⁴³ Es preciso puntualizar que la alusión que la Comisión hace a la naturaleza jurídica de la obligación en este primer período de sesiones como cuestión a tratar es puramente indirecta. Así, algunos aspectos del contenido de la referida obligación pueden encuadrarse en el tema “Jurisdicción en relación a los crímenes cometidos fuera del territorio nacional”, que forma parte de la lista de 14 temas que la Comisión seleccionó en esta primera sesión para codificar. Conviene notar que temas como “las obligaciones de la jurisdicción territorial” o “la extradición” fueron cuestiones consideradas, aunque luego no incluidas en la referida lista, por la Comisión. Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre su primer período de sesiones, 12 de abril de 1949, párrs 15 y 16. Disponible aquí. Consultado el 30/04/2013.

⁷⁴⁴ Recomendación del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, Doc. A/59/10, Anexo, La obligación de extraditar o juzgar (“*aut dedere aut judicare*”) en derecho internacional, Observaciones Preliminares por Zdzislaw Galicki, p. 355, párr. 32. Véase también la p. 351, párr. 20: “(...) parece que el tema de “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) en el derecho internacional” ha adquirido un grado de madurez suficiente para su codificación, con la posible inclusión de algunos elementos de desarrollo progresivo”. Se recuerda también en este documento que la obligación ha sido ya incluida por la Comisión en la lista de “posibles temas futuro” (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, vol II., (Segunda parte), VII. Derecho penal internacional, pp. 149) Disponible aquí. Consultado el 30/04/2013.

⁷⁴⁵ Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56º período de sesiones. Informe de la Sexta Comisión, relatora: Sra. Anna Sotaniemi (Finlandia), Doc. A/59/510 de 22 de noviembre de 2004. Disponible aquí. Consultado el 30/04/2013.

trabajo futuro de la Comisión⁷⁴⁶, posibilidad que concreta dos años más tarde, en el 2006, a través de una nueva resolución⁷⁴⁷.

La decisión a la que se refiere la Asamblea General es la tomada por la Comisión en su 2865º período de sesiones, el 4 de agosto de 2005, de incluir el tema en su programa de trabajo para lo cual decidió nombrar Relator Especial del tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)” al Sr. Zdzislaw Galicki⁷⁴⁸.

El Relator Especial presentó cuatro informes consecutivos en los años 2006, 2007, 2008 y 2011. En el 2008 además, se creó un Grupo de Trabajo sobre este tema bajo la dirección de Alain Pellet⁷⁴⁹.

A través del estudio detallado de los mismos, que se completará con los comentarios de la CDI, la información y observaciones recibidas de los gobiernos y los comentarios doctrinales, se intentará dar respuesta aquí a la primera de las dos grandes preguntas que nos ocupan: el contenido de la obligación⁷⁵⁰ y su naturaleza jurídica en relación con el crimen de lesa humanidad.

Conviene comenzar notando que ya en su Informe Preliminar de 2006 sobre esta cuestión, el Relator Especial puso de manifiesto algunos de los obstáculos a los que se enfrenta tanto la definición de la obligación de extraditar, como la de juzgar. La primera

⁷⁴⁶ Asamblea General, Resolución 59/41. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56º período de sesiones de 16 de diciembre de 2004, Doc. A/RES/59/41: “Recordando la necesidad de seguir examinando los temas de derecho internacional que, dado su interés nuevo o renovado para la comunidad internacional, puedan prestarse al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho internacional y, por consiguiente, puedan incluirse en el programa de trabajo futuro de la Comisión de Derecho Internacional”. Disponible aquí. Consultado el 30/04/2013.

⁷⁴⁷ Asamblea General, Resolución 60/22. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 57º período de sesiones de 6 de enero de 2006, Doc. A/RES/60/22: “La Asamblea General (...) 5. *Hace suya* la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir en su programa de trabajo el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).” (Cursivas originales). Disponible aquí. Consultado el 30/04/2013.

⁷⁴⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 57º período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005), Doc. A/60/10, párr. 500. Disponible aquí. Consultado el 30/04/2013.

⁷⁴⁹ Comisión de Derecho Internacional, Resumen de la reunión 2865, Doc. A/CN.4/SR.2988 de 18 de septiembre de 2008. Disponible aquí. Consultado el 2/05/2013.

⁷⁵⁰ El trabajo de la CDI sobre esta cuestión realizado a través del Relator Especial y del Grupo de Trabajo representa una de las fuentes fundamentales de esta tesis. Por este motivo conviene aclarar aquí que, sin perjuicio de que posteriormente sea retomado el análisis de estos documentos, a los efectos de este apartado se abordará exclusivamente la contribución de los mismos a la definición del significado de los elementos de la obligación. Esta decisión de fragmentación en el análisis se deriva de la complejidad implícita al estudio de un principio y las dificultades probatorias inherentes a la tarea de determinar su naturaleza jurídica.

está condicionada por el contenido, el alcance y las limitaciones de la propia figura clásica de extradición, y la segunda encuentra en las características del modelo doméstico de enjuiciamiento, dificultades que hacen que la traslación de estas figuras del ámbito de las faltas y delitos domésticos a los más graves delitos internacionales resulte inadecuada:

“Las graves carencias del sistema de extradición y asistencia judicial recíproca en vigor provienen, en gran medida, de los anticuados tratados bilaterales de extradición y asistencia judicial recíproca. Existen muchos motivos de denegación que no corresponde aplicar a los delitos de derecho internacional, pero también hay importantes salvaguardias que a menudo no existen en relación con la extradición de personas a países donde se enfrentarían a juicios parciales, torturas o la pena de muerte. Por otra parte, existen también numerosos obstáculos para que resulten eficaces unos sistemas de enjuiciamiento que no son apropiados para esos delitos, entre ellos las normas relativas a la prescripción, las inmunidades y las prohibiciones de enjuiciamiento penal retroactivo de las conductas que no eran delictivas conforme al derecho internacional cuando se produjeron⁷⁵¹”.

En cualquier caso, existe ya material suficiente para proponer, al menos, algunas definiciones. Particular importancia revestirá el estudio de junio de 2010, elaborado por la Secretaría de la Comisión de Derecho Internacional, cuya sección III propone conclusiones generales extraídas del análisis de 61 instrumentos multilaterales, en relación a las cuestiones que serán tratadas en los próximos apartados: la relación entre la extradición y el enjuiciamiento, las condiciones aplicables a la extradición en las distintas convenciones y las condiciones aplicables al enjuiciamiento en las diversas convenciones⁷⁵².

⁷⁵¹ Comisión de Derecho Internacional, “Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*“aut dedere aut judicare”*)”, presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial. Doc. A/CN.4/571 de 7 de junio de 2006, párr. 14.

⁷⁵² Comisión de Derecho Internacional, Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630. Disponible aquí. Consultado el 21/05/2013.

6.2.2.2. Obligación de extraditar⁷⁵³

Mediante el análisis de la evolución convencional del *aut dedere aut judicare* se ha podido constatar que no existe un único modelo de interacción entre ambas figuras que ofrezca unas directrices claras sobre los principios de preferencia o de igualdad que deben guiar las relaciones entre ambas.

La figura de la extradición, su evolución y los derechos y garantías inherentes a la misma ha sido ya abordada en el segundo capítulo, por lo que, para evitar la repetición, este apartado se centrará exclusivamente en analizar la obligación de extraditar como parte del *aut dedere aut judicare*.

Por lo general, la obligación de extraditar derivada de acuerdos bilaterales de extradición para todo tipo de delitos entre Estados (a partir de un estándar mínimo de gravedad) encuentra ciertos límites a su ejecución. Tradicionalmente, estos límites o excepciones clásicas a la extradición han venido siendo: la no extradición de nacionales, los derechos humanos y la no extradición por delitos políticos. Sin embargo, este régimen general presenta excepciones en relación a los más graves crímenes internacionales, respecto a los cuales los Estados han evitado formular reservas a tratados multilaterales que reconocieran la mencionada obligación⁷⁵⁴. Por consiguiente, de lo anterior cabe deducir que la única limitación que existe al cumplimiento de la obligación de extraditar en el ámbito de los más graves crímenes internacionales que aquí nos ocupan es el respeto a los derechos humanos, en concreto, aquellos que se

⁷⁵³ En el marco de esta investigación, la obligación de extraditar como componente de la obligación jurídica *aut dedere aut judicare*, se va a entender referida exclusivamente al proceso de extradición para enjuiciamiento, excluyéndose así las extradiciones o entregas para el cumplimiento de penas ya impuestas. Esto responde a la necesidad de acotar el marco de análisis también en su vertiente temporal (la actuación jurisdiccional de los tribunales nacionales desde el momento de la comisión del crimen internacional hasta la apertura de un procedimiento de investigación y enjuiciamiento). El enfoque de este trabajo de investigación está indudablemente dirigido a la erradicación de la impunidad pero se entiende que la contribución principal que puede hacer la definición de la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* se enmarca en el ámbito de la obtención efectiva de una investigación y un enjuiciamiento del caso. No cabe duda de que los problemas de cumplimiento de condenas dictadas afectan a la efectividad que en última instancia tendrá esta herramienta, pero representa un problema posterior, más encuadrable en las limitaciones de la cooperación policial que en el de los riesgos de impunidad por incertidumbre jurisdiccional.

⁷⁵⁴ Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr. 38.

pueden ver amenazados por la extradición de un sospechoso de un delito a un determinado Estado o siguiendo un determinado procedimiento⁷⁵⁵.

Una vez constatado el papel clave que juega en la construcción de esta obligación el respeto de los derechos fundamentales, es necesario abordar otros aspectos que contribuyen a dotar a esta figura de contenido: la jerarquía entre ambas opciones, el momento de la activación de la obligación de extraditar y el requisito de la presencia del acusado en el territorio.

Con anterioridad a la CDI, se habían realizado algunos esfuerzos tendentes a dotar de contenido a esta cláusula en los foros internacionales que quedaron reflejados en varios de los documentos que nacieron en este contexto.

Entre ellos, cabe destacar el Proyecto de Código de crímenes de 1996, cuyo artículo 10 abordaría la regulación de la obligación de extraditar. Se trata de un artículo que favorece el ejercicio de la extradición. En concreto, se trata de una disposición de remisión, en el sentido de que ofrece a los Estados un instrumento que les sirva de base jurídica para llevar a cabo la extradición en los casos en los que no exista tratado de extradición, o que no exista respecto de los más graves crímenes internacionales siempre y cuando los Estados en cuestión condicionen la extradición a la existencia del tratado mismo. Este artículo ofrece incluso la base jurídica para que los Estados superen ciertas limitaciones impuestas por su legislación interna y accedan a la extradición incluso a favor de Estados en los que el crimen no se hubiera cometido⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ Para los riesgos derivados de procesos de extradición no oficiales, véase el Capítulo III.

⁷⁵⁶ Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, comentario del artículo 10.4: “A los efectos de la extradición entre Estados Partes, se considerará que esos delitos se han cometido no solamente en el lugar donde se perpetraron, sino también en el territorio de cualquier otro Estado Parte”. La explicación de su funcionamiento viene cuidadosamente detallada, unos párrafos más abajo, en el comentario a este artículo: “En virtud de algunos tratados y legislaciones nacionales, el Estado de detención puede acceder a solicitudes de extradición no procedentes sólo del Estado en que se produjo el crimen. Sin embargo, varias convenciones contra el terrorismo contienen disposiciones destinadas a asegurar la posibilidad de que el Estado de detención, a pesar de cualquier restricción de esa índole, acceda a solicitudes de extradición recibidas de algunos Estados que tienen la obligación de establecer su competencia principal sobre los delitos de que trate”.

En cuanto a la relación de jerarquía o igualdad entre ambas opciones, el comentario al artículo 8 del proyecto de código de crímenes contra la humanidad parece interpretar la obligación de extraditar como subsidiaria a la de juzgar:

“La disposición tiene por objeto velar por que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de conceder la extradición o de juzgar optando por la segunda posibilidad con respecto al presunto criminal⁷⁵⁷”.

Sin embargo, más adelante, el comentario al artículo 9, que regula específicamente la obligación de extraditar o juzgar, deja esta interpretación sin efecto al pronunciarse sobre la jerarquía entre ambas alternativas de forma rotunda:

“El artículo 9 no da prioridad a ninguna de esas dos formas de actuar alternativas. El Estado de detención puede decidir discrecionalmente si trasladar a la persona a otra jurisdicción para que sea juzgada, en respuesta a una solicitud de extradición recibida, o juzgar al supuesto delincuente en sus tribunales nacionales. Puede cumplir la obligación que le impone la primera alternativa accediendo a la solicitud de extradición recibida y, en consecuencia, trasladando al Estado solicitante la responsabilidad de juzgar el asunto. Sin embargo, no está obligado a acceder a esa solicitud si prefiere confiar a sus propias autoridades el enjuiciamiento⁷⁵⁸”.

Es más, en este mismo párrafo, se afirma que el Estado que recibe una pluralidad de solicitudes de extradición no está vinculado por ningún criterio preestablecido (como pudiera ser la jurisdicción preferente del Estado del territorio donde se hubiera cometido el crimen) a la hora de decidir la concesión de la extradición⁷⁵⁹.

La CDI por su parte, en el referido estudio de 2010, clasifica las posibles relaciones entre la extradición y el enjuiciamiento en dos grupos: a) cláusulas que imponen la obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto delincuente se halle en el territorio

⁷⁵⁷ Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes de 1996, comentario del artículo 8, párr. 6.

⁷⁵⁸ Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes de 1996, comentario del artículo 9, párr. 6.

⁷⁵⁹ *Id.*

del Estado, de la que puede liberarse concediendo la extradición; y b) cláusulas en virtud de las cuales la obligación de juzgar solamente es aplicable cuando se deniega la entrega del presunto delincuente tras una solicitud de extradición⁷⁶⁰. Sin embargo, una parte de la doctrina aboga por dejar de lado este interrogante y defiende que la preferencia entre una u otra opción debe depender de cada caso concreto⁷⁶¹.

En cuanto al momento de la activación, en el primer caso, la obligación de juzgar surge tan pronto como se determina la presencia del presunto delincuente en el territorio del Estado de que se trate. Con lo cual, se confirma la naturaleza territorial del elemento activador de la obligación alternativa⁷⁶². En cuanto al segundo caso, parecería lógico

⁷⁶⁰ La doctrina también está dividida entre estas dos interpretaciones del sentido de la cláusula. Entre los que consideran que la obligación de juzgar nace *ipso facto* en el momento en que se descubre la presencia del presunto autor en el territorio, pudiendo ser sustituida por la extradición a un Estado con jurisdicción sobre el caso cabe citar a VAN STEENBERGHE, R., “The obligation to extradite or prosecute. Clarifying its nature”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 1089-1116, p. 1103.; entre los que creen que la obligación de juzgar solo surge cuando se deniega la solicitud de extradición se encuentra el profesor Remiro Brotons, que afirma que “(...) si no hay petición de extradición (o si se deniega a un solicitante cuya competencia no es según el mismo tratado obligatoria) no hay obligación de juzgar”. REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...op cit.*, p. 1255. Otra parte de la doctrina niega que se pueda constatar la existencia de una relación cerrada entre ambas opciones. Véase BASSIOUNI, M.C., “The Duty to Prosecute and/or Extradite: *Aut Dedere Aut Judicare*”, en *II International Criminal Law*, BASSIOUNI, M.C., Ed- 3d ed. 2008, pp. 41-42.

⁷⁶¹ PLACHTA, M., “(Non)-Extradition of Nationals: A Neverending Story?”, *Emory International Law Review*, vol. 13, 1999, pp. 77-149, p. 133: “Instead of having a fixed hierarchy of alternative obligations embodied in the principle *aut dedere aut judicare*, it is more desirable to base the decision of whether to prosecute in the requested country or surrender the person sought on mutual consultations between the appropriate authorities of the States involved. There may be cases in which it will be preferable for the accused to be tried in a foreign state, rather than his home country. The problem becomes even more delicate when an offense is committed in the territory of both the requesting and the requested states, each of which are therefore entitled to claim jurisdiction based on a principle of territoriality”. El mismo autor propone en otro artículo una lista de factores a considerar a la hora de decidir qué opción hacer prevalecer en cada caso concreto. La lista, tomada de una sentencia canadiense (*Swystun v. United States of America* (1988), 40 C.C.C. (3d) 222, 227-228 (Man. Q.B.)) enumera los siguientes criterios: “where was the impact of the offence felt or likely to have been felt; which jurisdiction has the greatest interest in prosecuting the offence; which police force played the major role in the development of the case; which jurisdiction has laid charges; which jurisdiction has the most comprehensive case; which jurisdiction is ready to proceed to trial; where is the evidence located; whether the evidence is mobile; the number of accused involved and whether they can be gathered together in one place for trial; in what jurisdiction were most of the acts in furtherance of the crime committed; the nationality and residence of the accused; and the severity of the sentence the accused is likely to receive in each jurisdiction”, a los que el autor añade la necesidad de comprobar que el enjuiciamiento sería igualmente efectivo en el Estado requerido a la luz de su legislación interna y de los instrumentos internacionales para la cooperación penal. PLACHTA, M., “*Aut dedere aut judicare*: an overview of modes of implementation...op cit., p. 338. Esta es la idea que subyace también a la Propuesta de Convención sobre Crímenes de Lesa Humanidad (artículo 9). Para un análisis más detallado sobre esta cuestión véase el Capítulo VII.

⁷⁶² La cuestión de la necesidad de que el acusado se halle en el territorio del Estado como condición previa para la aplicación de la obligación jurídica de extraditar o juzgar sigue siendo un debate abierto tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial. Ejemplos de defensa del carácter obligatorio de la presencia del acusado en el territorio para poder establecer la jurisdicción en base al *aut dedere aut*

deducir de lo expuesto que la obligación de extraditar se activaría aquí con la recepción de la solicitud de extradición, creándose así un vacío jurídico, que para ser resuelto dependería de que un Estado con competencia para ello solicitara la extradición del sospechoso para llevar a cabo el enjuiciamiento. Las razones por las que se puede considerar que al condicionar la activación de la obligación de extraditar o juzgar a la existencia de una solicitud de extradición, se minaría el fundamento mismo de esta cláusula, han sido desarrollados con magnífica claridad por la CDI en su comentario al artículo 8 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad:

“Si no existe tal competencia (refiriéndose a la competencia de los tribunales del Estado de detención respecto de los más graves crímenes internacionales), el Estado de detención se verá obligado a aceptar toda solicitud de extradición que reciba, lo cual sería contrario al carácter facultativo de esta obligación -conceder la extradición o juzgar- en virtud de la cual el Estado de detención no tiene una obligación absoluta de

judicare se pueden encontrar en la Opinión Separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el caso relativo a la Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica): “Los grandes tratados sobre los delitos en el ámbito aéreo, secuestros (de aeronaves), estupefacientes y tortura se basan en el concepto de *aut dedere aut prosequi*. Por definición, esto implica la presencia en el territorio. No puede existir la obligación de extraditar a alguien a quien se decide no juzgar a menos que dicha persona esté al alcance. La legislación nacional, promulgada para dar efecto a estos tratados, también puede mencionar, naturalmente la necesidad de la presencia del acusado. Estas evidencias razonables son esenciales para el ejercicio obligatorio de la competencia *aut dedere aut prosequi*” (I.C.J. Reports 2002, pág. 80, párr.57) y en la declaración del Juez Ranjeva, en la que va más allá y no solo requiere la presencia del acusado sino que el mismo haya ya sido detenido para que la obligación jurídica alternativa se active. Declaración del juez Ranjeva, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002 párr. 7: “It is to be noted that application of the principle *aut judicare aut dedere* is conditional for the alleged offender having first being arrested”. Véase también GUILLAUME, G., “Terrorisme et droit international”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 215, 1990, pp. 368-369. A pesar de que la interpretación de esta cuestión en el ámbito convencional será analizada en profundidad en el siguiente capítulo, quede aquí anotado el interesante reconocimiento histórico del requerimiento de la presencia del acusado en el territorio para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado incluido en el Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime de 1935. El artículo 10, que lleva por título “universality” afirma que: “A State has jurisdiction with respect to any crime committed outside its territory by an alien (...) (a) When committed in a place not subject to its authority but subject to the authority of another State, if the act or omission which constitutes the crime is also an offence by the law of the place where it was committed, if surrender of the alien for prosecution has been offered to such other State or States and the offer remains unaccepted (...)”. En sentido contrario y referido al contenido de la obligación articulada en los Convenios de Ginebra, véase HENZELIN, M., *Le principe de l'universalité en droit penal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, Basilea/Ginebra/Munich/Bruselas, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000, p. 354. Debe subrayarse que algunos de los autores que sostienen que no es necesaria la presencia del acusado en el territorio para que se active la obligación confunde el principio de jurisdicción universal con la obligación alternativa, en tanto que como se ha sostenido, la presencia del acusado en el territorio es el elemento diferenciador y configurador del *aut dedere aut judicare*.

atender una solicitud de extradición. Es más, en tal situación el presunto delincuente se libraría de todo procesamiento si el Estado no recibiese ninguna solicitud de extradición, lo cual socavaría gravemente la finalidad básica del principio *aut dedere aut judicare*, a saber, garantizar el enjuiciamiento y el castigo de los delincuentes al establecer la jurisdicción subsidiaria del Estado de detención⁷⁶³.

Sin perjuicio de la existencia de razones en virtud de las cuales la extradición puede perfilarse como la alternativa más lógica en determinados casos (por ejemplo, cuando es el Estado del lugar en el que han acaecido los hechos el que solicita la extradición, el *loci delicti*⁷⁶⁴), el gran número de variables que en cada caso hacen que resulte más adecuado optar por una u otra alternativa y la inexistencia de un consenso internacional acerca de la jerarquía entre ambas opciones, nos lleva a concluir que, al menos en lo que respecta a los más graves crímenes internacionales, la posición más lógica para enfrentar esta cuestión es la esbozada por Michael Plachta, que invita a tomar la decisión sobre si extraditar o juzgar en función del caso concreto⁷⁶⁵.

⁷⁶³ Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes de 1996, comentario del artículo 8, párrafo 6.

⁷⁶⁴ Entre las razones que pueden esgrimirse en defensa del reconocimiento de la primacía de la obligación de extraditar cuando es el Estado en el que se ha cometido el crimen el que solicita la extradición pueden citarse las siguientes: este Estado tiene un mayor interés en el enjuiciamiento precisamente por la conexión territorial que tiene con el crimen; las razones probatorias hacen que el *forum delicti commissi* sea con frecuencia el lugar más adecuado para llevar a cabo el enjuiciamiento; y en tercer lugar, la instrucción de un proceso en el lugar de detención del sospechoso (*forum deprehensionis*) puede resultar inefectivo e injusto, especialmente en el ámbito de los crímenes que nos ocupan, en tanto que normalmente, los sospechosos se habrán movido en busca de “paraísos de impunidad”.

⁷⁶⁵ Siendo el compromiso con la erradicación de la impunidad y la cooperación penal internacional los principios que rijan esta toma de decisión. Evidentemente, se puede argumentar que optar por esta alternativa “abierta” entraña ciertas amenazas al respeto del principio de legalidad, en tanto que se hace depender la decisión de acuerdos entre los Estados involucrados, cuyas discusiones deben estar guiadas por la razonabilidad y eficiencia y por valoraciones más o menos subjetivas para responder a las preguntas previamente enumeradas. Esta es también la idea que ha inspirado la formulación del *aut dedere aut judicare* en el proyecto de Convenio para la Prevención y Sanción del Crimen de Lesa Humanidad, instrumento que se analizará en profundidad en el capítulo VII.

6.2.2.3. Obligación de juzgar

Pongamos que el Estado (siguiendo el método presentado y por ende, tras discusiones con los Estados involucrados y diferentes valoraciones de razonabilidad e idoneidad) opta por enjuiciar al presunto autor del crimen en su territorio, denegando la extradición en base a la posibilidad de juzgarlo que le ofrece la obligación alternativa.

En este caso, hay preguntas a las que resulta absolutamente necesario responder: ¿cuál es el alcance de la obligación de juzgar? ¿Cuándo se entiende que la misma ha sido cumplida? ¿Es preciso recorrer todas las fases del proceso judicial (apertura del procedimiento, investigación, juicio oral y sentencia) o basta con “adoptar medidas para el enjuiciamiento” sin que ello implique un compromiso de llevar el mismo hasta el final⁷⁶⁶? ¿Cumplida la obligación de juzgar, queda el Estado eximido de la obligación de extraditar⁷⁶⁷? ¿Sobre qué órgano recae la obligación de juzgar, sobre el Fiscal o Juez de instrucción? ¿Es posible ofrecer directrices consensuadas para homogeneizar la respuesta a esta pregunta manteniendo la necesaria objetividad inherente a la independencia judicial? Son todas preguntas de gran trascendencia porque, más allá de contribuir a descifrar la naturaleza jurídica de esta obligación alternativa, intentan descubrir el significado exacto de la misma. A todas ellas se intentará responder, al menos en lo que concierne al crimen de lesa humanidad, a lo largo de los capítulos VII y VIII, mediante el análisis de la práctica de los Estados y de la configuración convencional de la obligación jurídica⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ Entre los defensores de esta articulación flexible de la obligación alternativa podemos encontrar a BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, pp. 4-5 y a LARSAEUS, N., “The Relationship between Safeguarding Internal...op cit.”, 79.

⁷⁶⁷ En relación a esta cuestión, el Relator Especial, en el Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar se refiere a la posibilidad de que el Estado quiera cumplir ambas partes de la obligación: “Así por ejemplo, una vez que ha ejercido su jurisdicción y ha procesado, sometido a juicio y sentenciado al infractor, el Estado puede decidir extraditarlo (o entregarlo) a otro Estado también facultado a ejercer su jurisdicción, a los efectos de ejecutar el fallo”. Sin embargo, no se trata realmente de cumplir con ambas partes en tanto que la extradición se lleva a cabo para el cumplimiento de la pena una vez que el enjuiciamiento ha tenido lugar. Se trata de una entrega para la ejecución de la pena impuesta por lo que debe ser claramente diferenciada de la obligación alternativa de extraditar o juzgar cuyo fin es procurar el enjuiciamiento. Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. A/CN. 4/571, párr. 49.

⁷⁶⁸ En la doctrina también podemos encontrar desarrollos teóricos que nos pueden ayudar a dotar de contenido a la obligación de juzgar. Así, el estudio realizado por el profesor Olásolo en torno a la admisibilidad de una situación o caso por la CPI, o en otras palabras, cuando se considera que el Estado no ha cumplido con su obligación de juzgar y por ende se activa la jurisdicción de la CPI, resulta de gran

Para un primer acercamiento al concepto de “juzgar”, se partirá de las pistas que nos proporcionan los comentarios a los artículos del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. En este documento, la CDI ofrece respuestas a algunas de las dudas más importantes planteadas en torno al alcance de esta obligación, tales como el momento de su activación (la CDI se pronuncia en términos contradictorios en relación a esta cuestión aunque se adoptará la interpretación más respetuosa con el fin mismo de la obligación) o los criterios que guíen la decisión sobre qué medidas debe adoptar el Estado para cumplir con la obligación de juzgar (“medidas necesarias y razonables para detener al presunto delincuente y asegurar su inculpación y enjuiciamiento por una jurisdicción competente”⁷⁶⁹).

En cuanto a la primera cuestión, el momento de la activación de la obligación, la propuesta ofrecida por la CDI en este comentario al artículo 9 resulta, a primera vista, contradictoria. Si por un lado afirma que la obligación se activa cuando “el Estado haya detenido a la persona que presuntamente hubiera cometido el crimen”, por otro, asegura que el Estado “tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias y razonables para detener al presunto delincuente y asegurar su inculpación y enjuiciamiento por una jurisdicción competente”.

El primer enunciado no resulta satisfactorio a la luz del objetivo global que subyace a la obligación misma: la erradicación de la impunidad. Condicionar la activación de la obligación de juzgar a la detención del presunto delincuente es un sin sentido ya que anularía la capacidad de actuación de las fuerzas de orden público en la fase más importante: la de la persecución y detención para posibilitar la comparecencia en un juicio. Sin embargo, de una interpretación conjunta de los comentarios a los artículos 8 y 9, teniendo en cuenta que el fin último de esta obligación alternativa es el de asegurar

utilidad. OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *Revista española de derecho militar*, vol. 82, jul-dic 2003, pp. 47-77, pp. 71-76

⁷⁶⁹ Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes de 1996, comentario del artículo 9, párr. 3. Se puntualiza también en este párrafo, que la concurrencia de lo que generalmente llamamos “sospechas fundadas” es requisito necesario para que la detención sea legítima, lo cual no es más que una remisión al marco jurídico de protección del estándar internacional de los derechos humanos que debe guiar cualquier documento aprobado en el seno de las Naciones Unidas. En referencia a la frase “la persona que presuntamente hubiere cometido el crimen”, se afirma que “Esta frase se utiliza para referirse a una persona a la que se señala no sobre la base de alegaciones no probadas, sino de informaciones de hecho pertinentes”.

la efectiva detención y posterior enjuiciamiento, bien en el lugar donde se halle el presunto delincuente, bien en el territorio de otro Estado que solicite su extradición y tenga competencia para juzgarle, se puede inferir que la obligación queda activada en el momento en que se tiene conocimiento de la presencia del presunto sospechoso en el territorio del Estado⁷⁷⁰. De hecho, del comentario al artículo 9 se desprende incluso que la Comisión considera que los crímenes de derecho internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado), están sujetos al principio de jurisdicción universal.

La delimitación del contenido de la obligación de juzgar evidentemente habrá de hacerse en el marco procesal que dibujen los derechos de seguridad jurídica abordados en el capítulo I, pero conviene adelantar aquí que no existe consenso entre los Estados sobre una formulación para referirse a esta obligación. Esto se refleja en la articulación de la obligación como “obligación de someter el asunto a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento” en contraposición con la obligación de juzgar. La CDI ofreció una explicación soberanista a esta cuestión tras examinar el Informe Preliminar del Relator Especial para la obligación de extraditar o juzgar. Así, en la crónica del 58º período de sesiones, en la que se debatió el Primer Informe, que se incluye en el Segundo Informe presentado por el Relator, puede leerse lo siguiente:

“Se recordó que los gobiernos solían resistirse a aceptar una obligación de “juzgar”, ya que la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal era un principio fundamental de sus procedimientos penales internos⁷⁷¹”.

La sección del Segundo Informe del Relator Especial de 2007, que se ocupa de analizar el “Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta

⁷⁷⁰ Aún así, quizás habría sido más conveniente articular la obligación de juzgar siguiendo el modelo de los Convenios de Ginebra, que prevén expresamente “la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves” (Convenio de Ginebra I, art. 49; Convenio de Ginebra II, at. 50; Convenio de Ginebra III, art. 129 y Convenio de Ginebra IV, art. 146).

⁷⁷¹ Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr. 11.

Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo primer período de sesiones⁷⁷², y que a falta de los Informes solicitados a los Estados sobre la obligación de extraditar o juzgar, resulta un instrumento muy útil de cara a identificar la posición de los Estados, expresada a través de sus delegaciones en la Sexta Comisión, menciona la necesidad de “determinar qué Estados habrían de tener prioridad para ejercitar la jurisdicción. A ese respecto, se sugirió que se diese preferencia al Estado en cuyo territorio se hubiese cometido el delito y que la jurisdicción prioritaria entrañase una obligación de ejercitarla y pedir la extradición a ese efecto⁷⁷³”.

Se han analizado ya las ventajas que, frente a la CPI, presentan la investigación y enjuiciamiento de un crimen internacional por parte de un tribunal doméstico. Del principio de complementariedad que rige la actuación de la CPI se infiere que la concurrencia de competencia entre el juez universal (CPI) y otros jueces estatales competentes debe saldarse con el reconocimiento de la prioridad de los segundos por ser considerados los “jueces naturales” en virtud de la conexión territorial o de personalidad que tienen con los hechos, los autores o las víctimas.

En este orden de cosas, es ineludible analizar el efecto que la concurrencia de distintas jurisdicciones puede tener sobre la configuración de la obligación de extraditar o juzgar. Así, atendiendo al orden jerárquico establecido para ordenar los distintos títulos jurisdiccionales habilitantes, la obligación alternativa dejará de serlo para reconocer la preferencia de una de las dos opciones que la configuran en cada caso⁷⁷⁴. Por ejemplo, en el caso de concurrencia del título de representación de derecho penal supletorio (basado en la presencia del acusado en el territorio) y el título habilitante de la territorialidad (basado en la conexión que tiene con los hechos el juez del lugar donde se cometieron los crímenes), la obligación de extraditar o juzgar evidentemente se

⁷⁷² Doc A/CN.4/577.

⁷⁷³ Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr. 30.

⁷⁷⁴ Tal y como afirma el Profesor Remiro Brotons, realmente no es una ordenación jerárquica sino un criterio de razonabilidad procesal y político-criminal lo que favorece la prioridad del *iudex loci delicti commissi*, (REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional..op cit*, pp. 1263). Sin embargo, se mantendrá la utilización del término jerarquía para hacer referencia a la preferencia de la que gozan algunos principios jurisdiccionales sobre otros, lo cual tiene un efecto sobre la configuración de la obligación de extraditar o juzgar.

convierte en obligación de extraditar, siempre que se haya solicitado la extradición por parte del Estado del juez natural. La razón es la jurisdicción preferente que tiene este último sobre el juez del lugar donde se encuentre el acusado (*iudex apprehensionis*).

En el siguiente cuadro se intentará exponer, mediante el recurso a varios ejemplos, el modo en que la concurrencia de la competencia fundada en distintos títulos de habilitación jurisdiccional puede determinar el contenido y el alcance de la obligación de extraditar o juzgar, condicionando, en última instancia, su configuración.

Supuesto A: El acusado X es detenido en el Estado Y por haber cometido crímenes de lesa humanidad en el Estado Z. Si un tercer Estado V solicita su extradición en base al título habilitante de la personalidad pasiva (o activa), ¿el Estado Y puede optar por juzgar el caso en lugar de extraditarlo o debe extraditarlo siempre que se solicite, si concurre un título como el descrito? Según Remiro Brotons, que articula la obligación de juzgar (en virtud de la cual es el *iudex apprehensionis* el que aplica la jurisdicción) como residual, si existe cualquier otra solicitud de extradición por parte de un Estado con un interés, se debe proceder a la extradición: “La regla aut dedere...parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen, por ser el lugar de comisión de los hechos, o de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa, de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado, al que solicita la extradición¹”.

Supuesto B: El acusado X es detenido en el Estado Y por haber cometido crímenes de lesa humanidad en el Estado Z. El Estado Z solicita su extradición para enjuiciarlo. En este caso, la preferencia de la jurisdicción territorial transforma la obligación alternativa de extraditar o juzgar en obligación de extraditar.

Supuesto C: El acusado X es detenido en el Estado Y por haber cometido crímenes de lesa humanidad en el Estado Z. Seguidamente tres Estados solicitan su extradición, cada uno tiene un vínculo distinto con el caso. ¿Cómo operaría la obligación de extraditar o juzgar aquí?

La preferencia de la que goza la jurisdicción territorial sobre otros títulos habilitantes de la competencia, por la mayor accesibilidad a la prueba en el lugar donde se han cometido los hechos, podría describirse casi como un elemento configurador del derecho penal clásico, que se deriva de la lógica y del principio de razonabilidad que rige en la ciencia del derecho⁷⁷⁵.

- De todo lo anterior se desprende que extraer conclusiones definitivas y esclarecedoras acerca de las cuestiones planteadas no es tarea fácil. Sin embargo, sí que pueden inferirse algunos principios que deben guiar la aplicación de la obligación alternativa en los casos concretos:
- El significado específico de la obligación de extraditar o juzgar varía en función del caso concreto y ésta debe articularse en términos lo suficientemente flexibles para permitir a los Estados involucrados optar por la alternativa más adecuada en función de las circunstancias.
- El enjuiciamiento de un grave crimen internacional por parte del Estado en cuyo territorio se encuentre el sospechoso no puede depender de la existencia de una solicitud de extradición por parte de otro Estado y su posterior denegación (generalmente por razones de derechos humanos).
- Por consiguiente, la obligación de extraditar ha de ser necesariamente subsidiaria a la de juzgar, que se activa en el momento en que se tiene conocimiento de la presencia del acusado en el territorio.

La presencia del sospechoso en el territorio es *conditio sine qua non* para la activación de la obligación de extraditar o juzgar.

⁷⁷⁵ Sobre esta cuestión existe una extensa bibliografía, véase, entre otros, REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...op cit.*, p. 1254: “El *locus delicti* es la conexión más natural de la jurisdicción penal”.

6.2.2.3.1. Las relaciones entre la obligación de juzgar, la imposibilidad de castigar y la obligación de investigar en España según el Tribunal Supremo⁷⁷⁶

Se abre aquí un paréntesis para analizar la sentencia dictada el 27 de febrero de 2012 por el Tribunal Supremo español en la Causa Especial 20048/2009⁷⁷⁷, por la trascendencia que tienen, a efectos de esta investigación, algunas de las cuestiones planteadas en los fundamentos jurídicos.

En el presente caso, el Alto Tribunal resuelve una querella interpuesta por el Sindicato de Funcionarios Públicos “Manos Limpias” contra el entonces titular del Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, por un delito de prevaricación, en el que supuestamente había incurrido al admitir a trámite varias denuncias de desapariciones forzadas acaecidas durante el franquismo⁷⁷⁸. La célebre sentencia absuelve al acusado, pero las más de 30 páginas que la componen encierran razonamientos jurídicos enormemente interesantes y reveladores que van desde la delimitación de las funciones del derecho penal nacional hasta elaboraciones sobre la naturaleza de la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional que, como se verá a continuación, empujan a la jurisprudencia de este tribunal a un callejón sin salida al que llega guiado por una estricta y contradictoria concepción del principio de legalidad.

⁷⁷⁶ El título de este epígrafe ha sido tomado prestado del esclarecedor artículo de Javier Chinchón sobre la sentencia 101/2012 del TS de 27 de febrero: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Imposibilidad de castigar vs. obligación de investigar, algunas reflexiones y propuestas (I)”, *Diario La Ley*, núm. 7845, 2012.

⁷⁷⁷ STS 101/2012 de 27 de febrero. Para un completo e interesante razonamiento jurídico que cuestiona la sostenibilidad de la imputación contra el juez Baltasar Garzón en este caso, véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., y VICENTE MÁRQUEZ, L., “La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19, 2010.

⁷⁷⁸ Auto de 16 de octubre de 2008. Se dictaron dos autos, uno, el 16 de octubre en el que se afirma la competencia para conocer de los hechos, competencia que queda supeditada a la comprobación del fallecimiento de las personas imputadas. Una vez comprobado, mediante documento público, la muerte de estas personas, se dicta el auto de 18 de noviembre de 2008, que acuerda la inhibición de la causa a favor de los juzgados territorialmente competentes. Auto de 16 de octubre de 2008, JCI 5, AN, Sumario, Proc. Ordinario 53/2008 E y Auto de 18 de noviembre de 2008, JCI 5, AN, Sumario, Proc. Ordinario 53/2008 E.

Son varias las cuestiones que merecen ser tratadas para justificar tan provocadora afirmación. En primer lugar, es preciso analizar la propuesta de contenido y funciones del derecho penal que aparecen en esta sentencia. En este sentido, de los argumentos jurídicos esgrimidos por el Tribunal Supremo puede inferirse la siguiente conclusión: si no es posible castigar al presunto autor, no existe, para el Estado, ni obligación de investigar ni de enjuiciar.

A pesar de que se trata de un pronunciamiento cuyos efectos se circunscriben a España, el controvertido precedente que sienta a través de la siguiente afirmación debe ser objeto de atención especial:

“(…) no es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena⁷⁷⁹”.

El Tribunal propone así una rígida interpretación del alcance, contenido y finalidad de la investigación penal con una orientación claramente sancionatoria⁷⁸⁰, incompatible entre otras cosas, con el fin de esclarecimiento de los hechos y búsqueda de la verdad que, junto con otros principios de derecho penal, inspiran los procedimientos en los casos de graves crímenes contra la Humanidad⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ STS 101/2012 de 27 de febrero de 2012, FJ3. Para una análisis muy crítico de esta sentencia, véase Chinchón Álvarez, J., *Imposibilidad de castigar...op. cit.*, pp. 5-7. Tras exponer los argumentos en los que apoya la existencia de objeto procesal a pesar de la muerte de los autores e incluso de la prescripción del delito, que fundamenta en sentencias de tribunales nacionales, pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y jurisprudencia de la CIDH, concluye que “Desde esta perspectiva entonces, nada parece indicar que ni lo previsto en esta Ley, ni lo que puedan estar llevando a cabo “otros organismos del Estado”, menos todavía los “historiadores”, por meritorio, necesario e importante que pudiera ser, resulte satisfactorio desde la perspectiva adoptada en este trabajo: la investigación como medio de poner fin a un hecho internacionalmente ilícito continuado”. La sentencia del TEDH en la que este autor tenía puestas las esperanzas en tanto que esperaba una confirmación del deber de España de investigar estos crímenes no ha podido ser más decepcionante. La misma se ha limitado a inadmitir la demanda, sin entrar siquiera en el fondo del asunto. (TEDH, Asunto Canales Bermejo c. España, Carta de inadmisión del recurso de 15 de noviembre de 2012. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013) Véase el análisis del caso, también del mismo autor con Alicia Moreno, RIS, La decisión del TEDH en el asunto Canales Bermejo c. España: una sombra definitiva, Series análisis jurídicos-GCy F, diciembre 2012. Disponible [aquí](#).

⁷⁸⁰ *Id.* FJ 1, p. 9: “(…) el proceso penal tiene una misión específica: hacer caer un reproche social y jurídico sobre quién resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho”.

⁷⁸¹ Sobre el derecho a la verdad y el papel que han de desempeñar los tribunales en su protección y garantía véase el capítulo IV.

En segundo lugar, el Alto Tribunal atenta frontalmente contra los principios sobre los que se viene basando el derecho penal internacional, desde los Juicios de Núremberg hasta el establecimiento de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, al afirmar que a pesar de que las desapariciones forzadas que se perpetraron pueden ser calificadas como crímenes de lesa humanidad por su componente de sistematicidad y por estar dirigidas contra una población civil, las mismas no pueden ser investigadas por parte de la Audiencia Nacional porque el crimen de lesa humanidad como tal no había sido incorporado al derecho interno en el momento de la comisión de los hechos⁷⁸². En efecto, en su fundamento jurídico tercero se puede leer lo siguiente:

“No es posible -por más que sea sostenida por algún sector doctrinal- que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad⁷⁸³”.

⁷⁸² A pesar de que a estas alturas sorprenda la necesidad de tener que esgrimir razonamientos jurídicos, jurisprudencia y pruebas de la cristalización del reconocimiento de la aplicabilidad directa de las normas de *ius cogens* relacionadas con la prohibición de los más graves crímenes internacionales, pueden citarse como ejemplos de pronunciamientos en sentido radicalmente opuesto a esta afirmación los siguientes: Escrito del Fiscal presentado en las Diligencias Previas nº211/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº2: “La categoría de los crímenes contra la humanidad es una categoría preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario, que establece la prohibición de actos inhumanos contra la población civil y persecuciones políticas, raciales, religiosas, de carácter imperativo, de *ius cogens*, que impone a los Estados una obligación de perseguir y castigar. El desvalor de la conducta de los crímenes contra la humanidad pertenece al derecho internacional consuetudinario en vigor desde hace muchas décadas, con eficacia *erga omnes* aplicable también a España aunque el legislador no hubiese desarrollado hasta 2004 la específica tipicidad y penalidad en el Código Penal español”. Véase también la sentencia del TEDH de 17 de enero de 2006, dictada en el caso Kolk y Kislyiy c. Estonia, en la que el Tribunal de Estrasburgo llega a afirmar que “aún en el supuesto de que los hechos hubieran sido vistos como legales por el derecho interno entonces en vigor, los tribunales locales sí han considerado que constituían crímenes contra la humanidad, como crímenes de formación consuetudinaria, (son) imputables internacionalmente al sujeto que los comete”, o el caso Papon c. Francia de 15 de noviembre de 2001. Véase también en este sentido del auto de 18 de noviembre de 2008, JCI 5, AN, Sumario, Proc. Ordinario 53/2008 E, FJ4 mediante el cual el Juez Baltasar Garzón se inhibe a favor de los tribunales territoriales en la causa del franquismo, pp. 38: “Lo único inamovible para el Sr. Fiscal es el año 1945, fecha en que los aliados redactaron el Estatuto de Nuremberg. Pero, en su argumentación, olvida algo básico y a la vez obvio y es que los aliados en ese momento, como ya se ha dicho, no crearon los crímenes contra la humanidad, sino que reconocieron su vigencia por formar parte de los principios generales que rigen en las naciones civilizadas. Precisamente por ello, y porque se trataba de crímenes preexistentes a su comisión los criminales nazis pudieron ser juzgados por hechos anteriores a 1945, y a la propia redacción del Estatuto que es una simple recopilación de los que ya existían; porque anteriormente formaban parte del *ius cogens*; porque atentaban contra los principios más elementales de la Civilización;(…)”.

⁷⁸³ STS 101/2012 de 27 de febrero, FJ3.

Esta frase encierra la postura que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo desde que se le planteó, por primera vez, la aplicación del crimen de lesa humanidad a los actos perpetrados antes de la incorporación de este tipo en el derecho penal interno. Este primer asunto, que dio lugar a la STS 789/2007 de 1 de octubre, se plantea con motivo de los delitos perpetrados por el General Scilingo durante la guerra sucia argentina. El principio de legalidad fue esgrimido entonces por el Alto Tribunal para evitar la calificación de las numerosas desapariciones y asesinatos como crímenes de lesa humanidad. Las contradicciones que subyacen a los razonamientos jurídicos sobre los que funda su competencia el Alto Tribunal en este caso han sido duramente criticadas por la doctrina⁷⁸⁴. Algunas de las razones desarrolladas por Cristina Fernández Pacheco en contra de esta concepción estricta del principio de legalidad, al menos en lo que respecta a las más graves violaciones de derechos humanos, pueden traerse a colación en el presente caso:

“Sin embargo, desde mi punto de vista, este tipo de concepciones restringidas del principio de legalidad no parecen tener sentido en el ámbito de los delitos internacionales sobre los que existe competencia universal y que son imprescriptibles. No porque la lucha contra la impunidad lo justifique todo, sino por la propia naturaleza de los delitos internacionales y de la jurisdicción universal. No resulta lógico plantear si el sujeto que cometió actos constitutivos de genocidio en Ruanda en 1994 o de delitos de lesa humanidad en Argentina en los años 70 conocía o podía conocer la regulación española del momento; por el contrario, parece tener más sentido considerar si en el momento de la comisión existía una prohibición clara de este tipo de actos en el ámbito internacional, ya sea por vía convencional o consuetudinaria⁷⁸⁵”. Posición para la que no es difícil hallar apoyos entre las más importantes autoridades de derecho internacional⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-r1, 2005; TOMUSCHAT, C., “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, pp. 1074-1080.

⁷⁸⁵ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso de la represión en Argentina”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 61, nov. 2008, pp. 101-117.

⁷⁸⁶ Véase, entre otros, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho Penal Español” en *Justicia de transición, justicia penal internacional...op cit.*, p. 89, que evidencia y critica, a la luz del caso Alakrana y del caso Scilingo, las acrobacias jurídicas a las que se ve abocado el Alto Tribunal para evitar la aplicación del derecho consuetudinario, pp. 89-90: “Para el TS la

Por último, esta sentencia pone sobre la mesa una de las cuestiones más conflictivas a las que se está teniendo que enfrentar la comunidad internacional desde los años 90: la legitimidad de las leyes de amnistía aprobadas tras la caída de regímenes dictatoriales, caracterizados por la violación sistemática de derechos humanos. Así, en el caso español, el TS se pronuncia en los siguientes términos:

“La asunción de competencia por el Juzgado Central núm. 5 de la AN (...) colisiona también con la Ley de amnistía de 1977 y los preceptos reguladores de la prescripción, con la determinación de los posibles imputados y con la subsunción de los hechos en la norma penal que aplica⁷⁸⁷”.

La validez de la Ley de Amnistía española sigue siendo, a día de hoy, una cuestión controvertida. Mientras un sector doctrinal alega que la misma fue aprobada en violación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos vigente en España en ese momento⁷⁸⁸, otros autores, siguiendo la interpretación ofrecida por el Comité de

condena por los tribunales españoles no podría utilizar formalmente el *nomen iuris crímenes* de lesa humanidad como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis CP, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal que, por sus circunstancias constituyen o constituirían según el derecho interno en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad. Para el TS no sería razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los tribunales internos sobre crímenes contra la humanidad cuando lo acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones idénticas en su naturaleza y gravedad y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves de los derechos humanos básicos. En definitiva cualquier interpretación vale si sirve para evitar la aplicación de la norma consuetudinaria internacional. En esto el dogma no ha cedido y ha elaborado para ello laboriosas construcciones.” Para una aproximación internacional a la aplicación de la costumbre internacional por parte de los tribunales domésticos, véase CATALDI, G., “On the Enforcement of Customary Rules on Human Rights by National Judges”, *I.Y.I.L.*, vol. XI, 2001, pp. 101-124; KU, J.G., “Customary International Law in State Courts”, *Va. J.I.L.*, 2001, pp. 265-338.

⁷⁸⁷ *Id.*, FJ. 6. Véase sobre esta cuestión y en sentido contrario, la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 27 de octubre de 2008, que en su 94º período, tras examinar el quinto informe periódico de España afirma que: “El Comité, aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, está preocupada por el mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala, a la atención del Estado parte, su Observación General 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto y la Observación General 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto (de Derechos Civiles y Políticos)”, para después recomendar al Estado la consideración de la derogación de la ley de Amnistía de 1977.

⁷⁸⁸ En concreto se denuncia la violación del artículo 2.3. del PIDCP, del cual se deduce la obligación de perseguir penalmente las violaciones de derechos fundamentales. Véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario de España. Un examen desde el derecho internacional”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 45, 2007, pp. 123 y ss; También en este sentido se manifiesta Amnistía Internacional, “Víctimas de la guerra civil y franquismo: no hay derecho, preocupaciones sobre el Proyecto de Ley de “Derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo”, noviembre 2006, p. 19. Disponible [aquí](#). Consultado el 30/10/2013

Derechos Humanos de Naciones Unidas, consideran que la aprobación de la Ley de Amnistía en España no viola el citado Pacto “pues, aunque la amnistía es posterior a la adhesión de España al Pacto, las violaciones de derechos humanos que darían origen al nacimiento de la obligación del artículo 2.3 son anteriores a él, por lo que al no poder afirmarse que las mismas constituyen una violación del Pacto, tampoco el no ponerse a disposición de la víctima un recurso judicial efectivo por ellas lo es⁷⁸⁹”.

De todo lo anterior se puede deducir que la combinación de la historia reciente española, la aprobación de leyes de amnistía como cierre a un período de violación sistemática de derechos humanos y la contradictoria reticencia del Tribunal Supremo hacia el reconocimiento de la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario para los más graves crímenes internacionales hacen de las relaciones entre la obligación de juzgar, la imposibilidad de castigar y la obligación de investigar en España un verdadero enigma que está lejos de ser resuelto. Tendrán que ser los tribunales de otros Estados los que, en aplicación del principio de jurisdicción universal o de otros principios jurisdiccionales, conozcan de estos casos y abran procedimientos para su investigación y enjuiciamiento, lo cual fue vaticinado en 2010 por Gil Gil⁷⁹⁰ y se ha materializado en marzo de 2013 a través de la reapertura de este proceso en Argentina⁷⁹¹.

6.2.2.4. La triple alternativa o el clásico principio de complementariedad

El Relator Especial hace referencia ya en su Informe Preliminar a un concepto que resultó novedoso en el momento de su formulación: la “triple alternativa”. Con ello, se quiere aludir a la posibilidad de expandir el ámbito de actuación de la obligación para

⁷⁸⁹ GIL GIL, A., “Justicia transicional en España” en *Justicia de transición...op cit.*, p.165.

⁷⁹⁰ *Id.*, pp. 165-166: “La ley de amnistía no sería por supuesto un obstáculo para la persecución por tribunales de otro país, en ejercicio de la jurisdicción universal, de los crímenes que en el momento de su comisión fueran tipificables como delitos internacionales y que no hubieran prescrito conforme a la legislación del país que persigue, como no lo fueron tampoco las leyes de punto final y obediencia debida para la persecución seguida por la AN española”.

⁷⁹¹ “El proceso contra el franquismo se reactiva en Argentina”, *El País*, 22 de marzo de 2013. Disponible aquí. Consultado el 30/10/2013. Lo cual, como era de esperar, no ha tardado en provocar reacciones en el seno del ejecutivo español, “El gobierno pone trabas a un juicio internacional contra crímenes franquistas”, *El Diario*, 25 de mayo 2013. Disponible aquí. Consultado el 30/10/2013.

permitir, a través de la misma, la entrada a la jurisdicción de los tribunales penales internacionales. El Relator se remonta a 1937, año en el que se abrió a firma la Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, para encontrar uno de los primeros ejemplos de esta “tercera opción”⁷⁹².

Sin embargo, si dejamos de lado la jurisdicción obligatoria y preferente establecida por el Consejo de Seguridad para los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, en tanto que excepciones, y nos centramos en la configuración de la jurisdicción en el órgano con el que generalmente se identifica el derecho penal internacional, la CPI, se puede argumentar que el uso del término “triple alternativa” no es adecuado. Este concepto induce a error acerca del alcance y contenido del principio de complementariedad en el que se basa la jurisdicción de este tribunal.

Se ha analizado ya el significado del principio de complementariedad en el apartado 1 de este capítulo. Baste aquí recordar una de sus características definitorias para inferir que la presentación de la “triple alternativa” como la posibilidad que tiene un Estado que encuentra en su territorio a un presunto autor de un crimen internacional, de elegir entre extraditarlo a un Estado requirente, juzgarlo o entregarlo a la CPI mina el fundamento mismo de este principio, que busca ofrecer una solución *ultima ratio* a las lagunas de impunidad creadas por las deficiencias de las jurisdicciones nacionales. Es precisamente el principio de complementariedad lo que atribuye a este órgano, en palabras del especialista en derecho penal internacional, Héctor Olásolo, la función de “vigilancia y control de las jurisdicciones nacionales”. Por consiguiente, debe concluirse que la activación de la jurisdicción de la CPI no puede responder en ningún caso a la decisión discrecional de un Estado de remitir a este órgano el caso sobre el que tiene la obligación de ejercer su jurisdicción o, alternativamente, proceder a la extradición para garantizar que el mismo sea investigado y enjuiciado. En efecto, el recurso a la CPI no forma parte de una de las tres opciones alternativas que tiene un país cuando tiene constancia de la presencia en su territorio de un presunto responsable de

⁷⁹² Esta Convención nunca llegó a entrar en vigor por lo que la mencionada Corte no se crearía hasta 1998 con el Estatuto de Roma. Sin embargo, la articulación que se hace de la obligación de extraditar o juzgar en el artículo 2 de esta Convención reconocía que el acusado podía ser juzgado por los órganos jurisdiccionales de un Estado, ser extraditado al Estado con derecho a solicitar la extradición o ser juzgado por la Corte Penal Internacional. Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzisław Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. A/CN. 4/571, párr. 53.

crímenes contra la Humanidad. La “tercera alternativa” o el ejercicio de la jurisdicción del CPI es un recurso subsidiario que solo entra en funcionamiento cuando los sistemas nacionales han fallado en el cumplimiento de sus obligaciones jurisdiccionales. Por este motivo, con fines pedagógicos pero también de corrección terminológica, se propone aquí renunciar al uso de la expresión “triple alternativa” para referirse a la relación entre la obligación de extraditar o juzgar que tienen los Estados y el ámbito de competencia y condiciones de activación de la jurisdicción de la CPI⁷⁹³.

6.3. Relación entre el *aut dedere aut judicare* y el principio de jurisdicción universal: el significado de la obligación de juzgar y la obligación como adaptación apolítica y práctica del principio de jurisdicción universal⁷⁹⁴.

6.3.1. Aclaraciones previas

Antes de entrar a tratar esta compleja cuestión, es aconsejable aclarar algunos conceptos que se tornarán necesarios en estadios más avanzados de la investigación. En primer lugar, conviene distinguir la universalidad de la represión de la universalidad de la jurisdicción. La universalidad de la represión es una consecuencia que se deriva de la aplicación mundial de la obligación de extraditar o juzgar, en tanto que la misma implica que un presunto autor de un delito no encontrará ningún lugar en el que refugiarse y evitar así responder ante la justicia. Lo que viene a expresar el concepto “universalidad de la represión” es que a través de la vigencia de esta obligación

⁷⁹³ Esta opinión, compartida por la mayor parte de los miembros de la Comisión y expresada en los distintos debates sobre el tema, logró que el Relator afirmara que consideraría la retirada del concepto inicial de “triple alternativa” y trataría de presentar y analizar posibles situaciones concretas relacionadas con la entrega de personas a la Corte Penal Internacional que puedan tener consecuencias para la obligación *aut dedere aut judicare*. Véase Comisión de Derecho Internacional, 60º período de sesiones, Tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 10 de junio de 2008, Doc. A/CN. 4/603, párr. 50.

⁷⁹⁴ La simplificación de la relación entre ambos principios realizada por el Consejo de Europa en su Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos Penales de 1972 ha supuesto, cuanto menos, una tentación en relación a la forma de abordar esta cuestión: “D. Principle of Universality. The universality principle is the principle whereby the court of the place in which the offender is located is competent to hear the case, irrespective of the place of commission or the nationality of the offender or his victim”. Consultado el 3 de julio de 2013.

alternativa, se consigue erradicar los paraísos de impunidad, o en palabras de la CDI, “como consecuencia de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar entre los Estados interesados, no hay ningún lugar en que el autor de la infracción pueda eludir su responsabilidad penal y encontrar lo que se ha llamado refugio seguro”⁷⁹⁵.

La universalidad de la jurisdicción o jurisdicción universal, por otra parte, puede definirse como “la capacidad de los tribunales de cualquier Estado para iniciar enjuiciamientos por delitos cometidos fuera de su territorio y no relacionados con ese Estado por la nacionalidad del sospechoso o de las víctimas o por un daño cometido contra los propios intereses nacionales del Estado”⁷⁹⁶. Por consiguiente, este principio

⁷⁹⁵ Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. A/CN. 4/571, párr. 18.

⁷⁹⁶ Definición tomada de Amnistía Internacional, de sobra conocida por su activismo riguroso en la lucha contra la impunidad. Amnistía Internacional, Comisión de Derecho Internacional. La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), Madrid, 2009, pp. 8. La labor de desarrollo progresivo del principio realizados por la doctrina no han logrado un acuerdo sobre una definición de este principio universalmente aceptada. Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal lo definen como una jurisdicción basada en la naturaleza sustantiva del crimen, sin tener en cuenta el lugar en el que se comete el crimen, la nacionalidad de los acusados o de las víctimas o cualquier vínculo de conexión con el Estado del foro (28). Entre las últimas manifestaciones de este principio, cabe destacar la orden de arresto dictada por un tribunal británico en 2009 contra la Ex Ministra de Asuntos Exteriores israelí, Tzipi Livni, por la supuesta perpetración de crímenes de guerra en Gaza. Ver *The Guardian* December 2009, 14. Ver tb artículo de Langland pp. 15-16. Previamente, la Audiencia Nacional española, como es de sobra conocido, se había caracterizado por afirmar su jurisdicción en aplicación de este principio en casos como el de Ruanda (orden de arresto de 40 oficiales ruandeses por la supuesta comisión de genocidio, crímenes contra la humanidad y terrorismo durante los 90). En el ámbito académico, existen numerosos artículos y trabajos de investigación sobre el principio de jurisdicción universal. Véase, entre otros, GENEUSS, J., “Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction: A Comment on the AU—EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction”, *J. Int’l Crim. Just.*, vol. 7, 2009, p. 945, p. 946. Es imprescindible consultar, en este tema, el estudio en profundidad sobre este principio realizado por el Profesor Manuel Ollé Sese. OLLÉ SESE, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales...op cit.* Véase, para un estudio del contenido y aplicación de este principio en España el análisis realizado por Rafael Alcácer Guirao. ALCÁCER GUIRAO, R., “El principio de justicia universal en la jurisprudencia española reciente” en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Ed. Tecnos, Madrid 2009. LAMARCA, C., “El principio de justicia universal y la competencia de la Jurisdicción española en los casos de Argentina Chile”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº Extra 1, 2000, pp. 59-68; GIL, GIL, A., “Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, ENERO-JUNIO 2006, p. 88. Tras un exhaustivo y riguroso análisis de la práctica de los tribunales españoles en la aplicación del principio de jurisdicción universal, la autora pone de manifiesto algunas deficiencias derivadas de lagunas jurídicas y remisiones directas al derecho internacional (en parte subsanadas con la LO 2009). Sus valoraciones finales nos dejan con una interesante propuesta de cara a la tesis aquí defendida, tras insistir en la importancia de que sea el principio de subsidiariedad el que rijan las relaciones entre el Estado y la CPI, propone lo siguiente: “Incluso podría añadirse algún otro requisito que responda al principio de oportunidad, como, por ejemplo, la presencia (actual o posible) del acusado, tal y como se ha hecho en Alemania, para evitar la proliferación de procesos que evidentemente no llegarán a buen término”. Véase también Legal Committee Delegates See Principle of Universal Jurisdiction as Safeguard Against Impunity for Major Crimes; Some Caution Risk of Abuse, Sixty-fourth General Assembly, GA/L/3371, 20 October 2009 (La sexta comisión de las naciones unidas, a la luz de las críticas de las que era objeto el principio de

jurisdicción universal decidió añadir este tema para discusión). Uno de los estudios más recientes, realizado por Eric Langland, aboga por que los partidos políticos incorporen a sus programas electorales una propuesta codificadora sobre la jurisdicción universal de manera que su ejercicio, en tanto que se trata esencialmente de un acto de relaciones exteriores, dependerá de que exista un marco jurídico sólido apoyado por un compromiso electoral previo: “To ensure that universal jurisdiction exists as a viable tool for international justice, advocates must recognize that the battle for its livelihood is to be fought in the political arena. Instead of relying on symbolic arrest warrants, advocates of universal jurisdiction must make universal jurisdiction an election-year issue. The legislative backlash against universal jurisdiction in the past decade was a response to specific cases and based on mainly on facilitating diplomacy. Advocates would do better to make political parties and candidates take a stand on universal jurisdiction before it arrives in the context of diplomatic crisis. To achieve this end, advocates will need to present universal jurisdiction to the electorate as a means for obtaining peace and ending oppression”. LANGLAND, E., “Decade of Descent: The Ever-Shrinking Scope and Application of Universal Jurisdiction”, ABA Section of International Law, 2000-2010 Writing Competition. Véase también KALECK, W., “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”, *Mich. J. Int’l Law*, 2009, p. 927, p. 928. Otra definición más exhaustiva del principio de jurisdicción universal puede encontrarse en la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia (Polonia) en 2005, en su Comisión nº 17 cuyo Relator era el experto en derechos humanos y derecho internacional, M. Christian Tomuschat. A lo largo de 6 puntos se define el contenido y alcance de este principio y se afirma, entre otras cosas, que el principio de jurisdicción universal para los casos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad, se basa en el derecho internacional consuetudinario. Particularmente interesante, en el marco de esta investigación resulta el contenido del apartado 3.b que reitera las ideas presentadas en los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal de 2001 (infra nota al pie 799) sobre la necesidad de que el acusado esté presente en el territorio para el ejercicio de la jurisdicción universal a pesar de que la extradición pueda solicitarse con base a esta misma jurisdicción: “Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender”. Consultado el 20/05/2013. Para un recorrido a través de los modos de implementación y el ejercicio del principio de jurisdicción universal en los distintos países es interesante consultar varios documentos: Amnesty International, Universal Jurisdiction. A preliminary survey of legislation around the world, 2011, IOR 53/004/2011. Consultado el 20/05/2013; Para Europa en concreto, véase FIDH-REDRESS, Universal Jurisdiction in the European Union. Country Studies, 2001. Consultado el 20/05/2013 y FIDH-REDRESS, Fostering a European approach to accountability for genocide, crimes against humanity, war crimes and torture. Extraterritorial Jurisdiction and the European Union. Final Report. Abril 2007. Consultado el 20/05/2013. Véase también su documento informal de actualización FIDH-REDRESS Informal UJ: January 2006-May 2009. En el ámbito académico han abordado esta cuestión de manera destacable LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes”, *AJIL*, Vol. 105, núm. 1, 2011, pp. 1-49; VAN ELST, E., “Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions”, *LJIL*, 2000; y BENAVIDES, L., “The Universal Jurisdiction Principle”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 1, 2001; y de manera crítica, REYDAM, L., “The Rise and Fall of Universal Jurisdiction”, Working Paper No. 37, Enero 2010, Leuven Centre for Global Governance Studies. Consultado el 20/05/2013. Este provocador artículo recoge una visión muy negativa del principio de jurisdicción universal. Tras hacer una revisión histórica de la evolución y aplicación del principio, concluye que el mismo es una “mala idea”: “With the benefit of hindsight, I submit that universal jurisdiction was essentially a post-cold War discourse and self-feeding hype generated by NGO’s, activist lawyers and judges, academic conferences and papers and mass media. Truly amazing was the degree of consensus and self-imposed political blindness within the “invisible college of international (criminal) lawyers. Universal jurisdiction was legal lore few noticed-or wanted to notice-that the debate was fraud with circular arguments and flawed analogies, and self-serving. Perhaps it is time to admit that “universal jurisdiction” is an unhelpful misnomer. Just like “free market” does not refer to an absolute freedom of markets, “universal jurisdiction” does not refer to an absolute right for individual states to prosecute gross human rights violations committed abroad. It simply cannot because limitations on states’ jurisdiction are the logical precondition for the existence of a multi-state system. Universal jurisdiction as advocated by true believers belong to the realm of cosmopolitanism. Trying to reconcile a Kantian idea with the Grotian international order is like trying to square the circle”. Algunos de sus argumentos serán analizados en este mismo apartado al comparar las ventajas y desventajas de este

encuentra su fundamentación en la gravedad de los delitos a los que es aplicable, en tanto que ofenden a la comunidad internacional en su conjunto hasta tal punto que la intervención de los tribunales de cualquier Estado para investigar y enjuiciar estos crímenes internacionales se considera legítima, a pesar de que no exista ningún nexo de conexión entre el Estado cuyos órganos jurisdiccionales investigan y el crimen en cuestión⁷⁹⁷. A diferencia del régimen regulador de la obligación de extraditar o juzgar, en el caso de la jurisdicción universal, la presencia del acusado ante el juez que pretende llevar a cabo el enjuiciamiento no es imprescindible para la instrucción del proceso⁷⁹⁸. Ello explica la interpretación que de esta condición hacen los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal de 2001 en los principios 1.2 y 1.3, en los que aunque se sostiene que la presencia del acusado es condición para el ejercicio de la jurisdicción universal, se afirma que con base a esta jurisdicción se puede solicitar la extradición de un presunto responsable⁷⁹⁹.

principio con las de la obligación de extraditar o juzgar. También sobre la crisis del principio de jurisdicción universal: BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (I y II)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2004, p. 1634.

⁷⁹⁷ A pesar de su origen antiguo que se remonta al s.XVII y al ámbito de la piratería, en los últimos tiempos, la aplicación del principio de jurisdicción universal ha suscitado un intenso debate sobre su fundamentación. Entre las contribuciones más notables al mismo cabe destacar la postura del antiguo Secretario de Estado y Consultor de Seguridad Nacional, Henry Kissinger que afirmó que si es llevada al extremo, la jurisdicción universal puede sustituir la tiranía de los gobiernos por la de los jueces (Henry Kissinger, *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, *Foreign Affairs*, July/August, 2001). En respuesta, Kenneth Roth, Director ejecutivo de Human Rights Watch sostuvo que la jurisdicción universal establecería un sistema de justicia internacional para combatir los patrones de impunidad en las cortes nacionales. ROTH, K., “The Case for Universal Jurisdiction”, *Foreign Affairs*, September/October 2001. Véase también, REYDAM, L., *The Rise....op cit.*

⁷⁹⁸ Lo cual a su vez implica que la vigencia del principio de jurisdicción universal no conlleva universalidad de la represión en tanto que su aplicación, al poder efectuarse sin la presencia del acusado en el territorio, de facto no garantiza la universalidad de la represión.

⁷⁹⁹ Lo cual responde a la voluntad de garantizar la universalidad de la represión a través del principio de jurisdicción universal. Estos Principios se redactaron de manera consensuada por un grupo de académicos y expertos iusinternacionalistas que se reunieron a raíz de una visita a Princeton por parte de los representantes de la Comisión Internacional de Juristas y la Asociación Norteamericana pro Comisión Internacional de Juristas para formular unos principios que “contribuyeran a elucidar y ordenar una esfera del derecho penal internacional que adquiere cada vez más importancia: la del enjuiciamiento en tribunales nacionales de delitos graves de derecho internacional, con arreglo a la jurisdicción universal y cuando no existan nexos jurisdiccionales tradicionales con las víctimas o los perpetradores de los crímenes”. Véanse Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal de 2001, Principio 1.2 y 1.3.

Desde un punto de vista fáctico, conviene también aludir a dos conceptos presentados y analizados con exquisita claridad por la Jueza Van den Wyngaert en su opinión particular en el caso de la orden de detención⁸⁰⁰: la jurisdicción prescriptiva y la jurisdicción ejecutiva (*enforcement jurisdiction*). La primera se refiere a la capacidad de actuación de un Estado en su propio territorio cuando investiga y enjuicia crímenes cometidos en otros países. La segunda se refiere a la capacidad del Estado para imponer sus decisiones a través del poder coercitivo. La jueza analiza estos dos conceptos a la luz de la regla de permisividad (*permissive rule*) que viene a decir que a falta de una prohibición, el Estado A puede enjuiciar delitos cometidos en el Estado B. Esta regla, enunciada por primera vez en el célebre dictum del caso Lotus en 1927⁸⁰¹, no se aplica, sin embargo a la jurisdicción ejecutiva, ya que sin permiso del Estado B, el Estado A no puede actuar en su territorio⁸⁰². En otras palabras, lo que viene a hacer la jueza con esta aclaración es reflexionar sobre las dificultades prácticas del ejercicio *efectivo* de la

⁸⁰⁰ Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002.

⁸⁰¹ CPJI, Asunto Lotus, Sentencia nº 9, 1927, Publicaciones de la CPIJ, Series A. Nº 10, 7 de septiembre de 1927, p. 19. A raíz de este caso se consolidó el llamado “Lotus test”, según el cual se puede verificar si un Estado tiene o no jurisdicción extraterritorial en un determinado supuesto mediante la comprobación de que no existe una prohibición, bajo el derecho internacional, de ejercer esta jurisdicción. El caso Lotus representa el punto de partida para cualquier discusión sobre la relación entre el derecho internacional público y la jurisdicción de los Estados en materia penal, y en particular, para tratar la cuestión de la legalidad del ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial por parte de los tribunales nacionales. El caso enfrentó a Turquía y a Francia, como consecuencia de la colisión de dos navíos de estos países en alta mar cerca de la costa de Turquía, el Boz-Kourt y el Lotus respectivamente. El accidente se saldó con el hundimiento del Boz-Kourt y la muerte de ocho ciudadanos turcos. Ello dio lugar a que Turquía incoara varios procedimientos penales, entre otros, contra el oficial de vigilancia en el navío Lotus, el teniente francés Demons. Tras rechazar el recurso por falta de jurisdicción interpuesto por el acusado, el tribunal de Estambul condenó a Demons a 80 días de prisión y al pago de una multa por homicidio imprudente. Francia llevó el caso ante la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional que debía decidir si las acciones penales dirigidas contra el teniente habían vulnerado el artículo 15 de la Convención de Lausanne sobre condiciones de Residencia y Negocios y Jurisdicción. Este artículo exigía que todas las cuestiones de jurisdicción se resolvieran de acuerdo con los principios de derecho internacional. La Corte, tal y como se ha analizado, resolvió esta cuestión afirmando la vigencia de una regla de permisividad en virtud de la cual la afirmación de la jurisdicción extraterritorial por parte de un Estado solo puede limitarse si ésta está expresamente prohibida por una norma de derecho internacional. Los jueces no presentaron modelos de reglas en este sentido.

⁸⁰² Tras esta explicación traslada esta teoría al caso que le compete, la orden de detención, para afirmar que el conflicto de jurisdicción que se plantea en el caso y que no fue tan siquiera abordado por el Tribunal es, en principio, un conflicto de jurisdicción prescriptiva en tanto que la detención no llegó a ejecutarse. Sin embargo, la nomenclatura utilizada para referirse a la orden de detención (“orden de arresto internacional”) suscita dudas acerca de un posible ejercicio de jurisdicción de imposición. Opinión disidente de la jueza Van Den Wyngaert, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, párr. 48-67.

jurisdicción universal, cuando no existe ninguna conexión entre el Estado del tribunal que investiga y enjuicia el caso en virtud del principio de jurisdicción universal y los hechos.

Por último, una vez realizadas estas puntualizaciones, resulta fundamental referirse a la confusión existente entre el principio de jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar, sin perjuicio del tratamiento más profundo del que será objeto en el epígrafe correspondiente al estudio de las relaciones entre ambas figuras⁸⁰³.

Tal y como advierte Abad Castelos en un artículo en el que se pregunta sobre la existencia de la jurisdicción universal en España tras la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, “(...) cabe llamar la atención sobre la existencia de una cierta confusión entre el principio de jurisdicción universal con el principio *aut dedere aut judicare*. En efecto, suele realizarse una identificación que muchas veces no procede, puesto que la regla *aut dedere aut judicare* es diferente al principio de jurisdicción universal, incluso cuando se mantiene una versión no absoluta o relativa del principio de jurisdicción territorial (esto es, cuando media una exigencia de que el presunto autor del delito se encuentre en el territorio del Estado), puesto que la obligación alternativa *aut dedere aut judicare*, que contiene numerosos tratados, parte de la premisa de una conexión del Estado con el delito en cuestión⁸⁰⁴”.

Kai Ambos también propone un criterio de distinción entre ambas figuras basado en la naturaleza del *ius puniendi* que subyace a cada principio. Así, entendiendo la jurisdicción criminal supletoria como la expresión jurisdiccional de la obligación de extraditar o juzgar, Ambos afirma que:

⁸⁰³ Véase el apartado 3.3. de este mismo capítulo. La necesidad de llevar a cabo este ejercicio clarificador ha sido ya puesto de manifiesto tanto por el Relator Especial en los Informes analizados como por una parte de la doctrina, que ha tomado consciencia del uso indistinto y por consiguiente, equívoco, que hacen de estas dos figuras una parte de la doctrina así como algunas ONGs. Véase, a modo de ejemplo, el peligrosísimo acño de la expresión “principio de jurisdicción condicional” utilizado por la autora Helena Gluzman para referirse a la obligación de extraditar o juzgar en un artículo sobre el principio de jurisdicción universal, publicado en una prestigiosa revista italiana de derecho internacional. Gluzman, H., On Universal Jurisdiction-Birth, life and a Near-death experience? *Bocconi School of Law Student-edited papers*, Paper No. 2009-08. Esta laguna tiene consecuencias incluso en contextos internacionales en los que se aprueban principios. Véanse “Los Principios del Cairo de Jurisdicción Universal respecto a violaciones graves de derechos humanos. Delitos: una perspectiva africana”, aprobados en el El Cairo en octubre de 2002 (“Principios del Cairo”), principios 9, 18 y 19. Este instrumento, a pesar de anunciar el principio de jurisdicción universal como la figura rectora de los mismos, seguidamente se limita a desarrollar la obligación de extraditar o juzgar. [Consultado el 20/05/2013](#)

⁸⁰⁴ ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida... *op. cit.* Pp. 74.

“La justicia criminal supletoria, en sentido estricto, es *derivada* como extensión del *ius puniendi* en *representación* y con el *consentimiento* de otro Estado. Dependiendo de la *voluntad de persecución penal* del Estado del lugar del hecho, el Estado que captura actúa, como ya hemos dicho, para él o en su lugar. Por el contrario, el principio de jurisdicción universal se basa en la idea de un *ius puniendi originario* que existe respecto a determinados crímenes internacionales, con independencia de la voluntad del Estado del lugar del hecho, actuando el Estado que captura para o en lugar del conjunto de la *comunidad de Estados*⁸⁰⁵”.

6.3.2. Fundamentación filosófica de la jurisdicción extraterritorial: ¿*Par in parem non habet imperium*?

Tras la Paz de Westfalia en 1648 y la creación del sistema de Estados, el monopolio del *ius puniendi* se erige como un elemento configurador del que, desde entonces, es el actor internacional por excelencia: el Estado soberano⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ AMBOS, K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2006, pp. 290 (cursiva original). Luis Benavides, por su lado, ofrece la siguiente explicación de las diferencias entre ambas figuras, en la que otorga a la obligación jurídica un carácter puramente convencional: “Existen diferencias entre el principio *aut dedere aut iudicare* y Jurisdicción Universal (JU) en tanto que el primero se presenta como una obligación alternativa de orden convencional para los Estados, respecto de la cual deben perseguir o extraditar al presunto autor del crimen mientras que la JU comporta un derecho de los Estados de castigar un crimen en nombre de la CI con el propósito de proteger sus más importantes valores e intereses, es decir, que es más una autorización del derecho internacional que una obligación de perseguir y castigar a criminales”. Benavides, Luis. “The Universal Jurisdiction Principle”. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. I, 2001, p. 112.

⁸⁰⁶ Esta cesión absoluta del poder punitivo al Estado representa uno de los pilares del contrato social. Véase aquí la obra que, por antonomasia, articula su fundamentación político-filosófica: Hobbes, T., “Leviatán: o la materia, forma y poder de una república clesiástica y civil”, trad. De Manuel Sánchez Sarto, 2ªed., México: FCE, 1980 (la obra original fue publicada en 1651). En el capítulo XV, al abordar la tercera ley de la naturaleza, la justicia, Hobbes desarrolla la fundamentación filosófica de esta cesión: “(...) Por tanto, antes de que puedan tener un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, (...)”. Más adelante, en el capítulo XVIII, De los “derechos” de los soberanos por institución, el autor incluye, entre los derechos que reconoce al Estado el de “castigar con penas corporales o pecuniarias, o con la ignominia, a cualquier súbdito, de acuerdo con la ley que él previamente estableció (...)”. También subraya la indivisibilidad de estos derechos que considera “constituyen la esencia de la soberanía (...)”. Más adelante, el s. XVIII, Cesare Beccaria abordaría esta cuestión de manera mucho más profunda: “(...) Consultemos el corazón humano, y encontraremos en él los principios fundamentales del verdadero derecho que tiene el Soberano para castigar los delitos; porque no debe esperarse ventaja durable de la política Moral, cuando no está fundada sobre máximas indelebles del hombre. (...) La multiplicación del género humano, pequeña por sí misma pero muy superior a los medios que la Naturaleza estéril y abandonada ofrecía para satisfacer a las necesidades, que se aumentaban cada vez más entre ellos, reunió

Uno de los componentes del derecho a castigar o *ius puniendi* es la competencia jurisdiccional, en tanto que, en el marco de un Estado de derecho, es preciso juzgar antes de castigar.

Por regla general, los tribunales de un Estado tienen jurisdicción para investigar y conocer de los hechos acaecidos en su territorio en base al principio territorial, pero existen además otros títulos habilitantes que legitiman la intervención judicial de estos órganos domésticos para conocer de delitos perpetrados más allá de sus fronteras.

Siguiendo el marco subjetivo de análisis diseñado, a los efectos de esta investigación, el estudio del fundamento de la extraterritorialidad⁸⁰⁷ en el ejercicio de la jurisdicción se circunscribirá a las más graves violaciones internacionales.

Partiendo de la clasificación propuesta por el profesor Jaén Vallejo, los títulos habilitantes para el ejercicio de la jurisdicción que tradicionalmente han venido legitimando el enjuiciamiento de vulneraciones masivas de derechos humanos cometidas fuera del territorio de un Estado, son tres:

- Principio de personalidad (activa o pasiva);
- Principio real o de defensa, que extiende la jurisdicción nacional a los ataques al Estado que sean perpetrados desde territorios extranjeros; y
- Principio de justicia universal, ampliamente tratado ya⁸⁰⁸.

los primeros salvajes. Estas primera uniones formaron necesariamente otras para resistirlas, y así el estado de guerra se transfirió del individuo a las Naciones. Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia. (...) El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles, forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia". BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, II. Derecho de castigar... *op cit*.

⁸⁰⁷ Tráigase a colación aquí la definición de extraterritorialidad propuesta por Leo Strisower, que entiende este fenómeno desde su naturaleza excepcional a la jurisdicción regular (o territorial). STRISOWER, L., "L'extraterritorialité et ses principales applications", Hague Academy of International Law, p. 231 "C'est l'exemption de certaines personnes et de certaines choses de l'action régulière de cet État, telle qu'elle résulterait en principe de sa position, dans l'intérêt de cette indépendance elle-même et de tout ce qui s'y rattache". Para profundizar sobre esta cuestión, consúltese también uno de escritos en esta materia: ANZILOTTI, D., "L'esenzione degli Stati stranieri della giurisdizione", *Riv. di Dir. Int.*, 1910. Para otros desarrollos del fundamento de la extraterritorialidad, véase MILLER, S., "Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A territorial justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention". *EJIL*, vol. 20, núm 4, 2010, pp. 1223-1246 y CASSEL, D., "The ICC's New Legal Landscape: The Need to Expand US Domestic Jurisdiction to Prosecute Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity (1999-2000)", *Fordham International Law Journal*, vol 23, pp. 378-397. Desde un enfoque más internacionalista y menos westfaliano, véase la interesante tesis de AMBOS, K., "Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, núm. 2, 2013, pp. 293-315

⁸⁰⁸ JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 93-94.

Pero, ¿cuáles son las construcciones filosóficas que, desde la doctrina, fundamentan la extraterritorialidad? La respuesta a esta pregunta no es sencilla. La justificación de la jurisdicción extraterritorial para las más graves violaciones de derechos humanos combina elementos de las dos corrientes de pensamiento sobre las que está cimentado el derecho internacional y que, aunque convergen en algunos puntos, son posturas esencialmente antagónicas. Además, es importante tener en cuenta en el desarrollo de la extraterritorialidad, el papel desempeñado por la cristalización de los derechos humanos como fuerza transformadora de la sociedad internacional, que permite, según Fernández Liesa, superar “la doctrina de las competencias como exclusiva categorización funcional del DI”. Según este autor, es preciso acudir a Kelsen para encontrar el fundamento teórico de esta doctrina, que ha venido sosteniendo que “La función específica y mínima del DI es la determinación y la delimitación normativa de las esferas de validez territorial, personal, temporal y material de los órdenes jurídicos nacionales”. Sin embargo, reconoce Fernández Liesa, que a lo largo del s.XX “(...) se supera esa visión por los derechos humanos, fundamentalmente⁸⁰⁹”.

Así, volviendo a las dos corrientes de pensamiento, por un lado, encontramos la visión rigurosamente universalista y monista de Georges Scelle, padre de la escuela francesa, que considera que los Estados tienen los poderes que el derecho internacional le ha otorgado en el marco de una repartición general⁸¹⁰. Esta escuela de pensamiento se

⁸⁰⁹ FERNANDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...op. cit.* p. 218.

⁸¹⁰ Scelle (1878-1961) es conocido por desarrollar la teoría del “*dédoublement fonctionnel*” en su obra magna “*Précis de droit des gens*”, publicada entre 1932 y 1934. Esta teoría descansa sobre cuatro ideas, magníficamente sistematizadas por uno de los más importantes referentes mundiales en el ámbito del derecho internacional, Antonio Cassese: 1. La comunidad global (“*société internationale globale ou oecuménique*”) está conformada por una pluralidad de comunidades, comenzando por la familia y pasando por las comunidades locales o provinciales, las regiones, las asociaciones o agrupaciones nacionales hasta llegar a la cima, donde se encuentra el *civitas máxima* o comunidad global. Para Scelle, la comunidad global está compuesta por una pluralidad de sistemas jurídicos (hoy llamados “subsistemas”) que confluyen y se superponen los unos a los otros; 2. La comunidad no es el resultado de la coexistencia o juxtaposición de Estados sino que consiste en “*l’interpénétration des peuples par le commerce international*”, de lo cual se deriva que los verdaderos sujetos de la sociedad internacional son los individuos, y no los Estados; 3. Existe una jerarquía entre los distintos sistemas y subsistemas existentes. Los sistemas nacionales están subordinados al orden jurídico internacional; 4. La existencia de cualquier sistema jurídico reside en tres funciones básicas: creación normativa, adjudicación y capacidad hacer cumplir (“*enforcement*”). CASSESE, A., “Remarks on Scelle’s Theory of “*Role Splitting*” (*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, *EJIL*, vol 1, 1990, p. 210. Particularmente interesante resulta, a efectos de la pregunta a la que quiere responder este apartado, la solución que da este autor a la inexistencia de gobernantes y agentes específicamente internacionales, encargados de hacer cumplir el derecho internacional. Véase pp. 212: “As there are no “specifically international rulers and agents” (“*gouvernants et agents spécifiquement internationaux*”), national members of the executive as well as

enfrenta al dualismo radical y soberanista que caracterizó tanto a la escuela alemana⁸¹¹ como a la italiana, encabezada por Anzilotti, que sostiene que el Estado existe *per se* y *de facto* como Estado soberano, gozando de las competencias que él mismo se atribuye en ejercicio de su soberanía⁸¹².

Si por un lado, la primera corriente contempla la idea de *civitas máxima*⁸¹³, esto es, la existencia de un orden social o moral común a toda la Humanidad, por otro lado, el propio concepto de “extraterritorialidad” descansa sobre la idea de soberanía en tanto que se caracteriza por su oposición directa a la idea de vinculación de las personas y de las cosas a la legislación vigente en el Estado del territorio⁸¹⁴. La jurisdicción extraterritorial se perfila así como una excepción a la territorial y por ende, se construye sobre los pilares sobre los que se ha erigido la primera para después, con la justificación moral o sustantiva que proporciona el concepto de *civitas máxima*, expandirse, más allá de las fronteras nacionales.

state officials fulfil a “dual” role: they act as state organs whenever they operate within the national legal system; they act qua international agents when they operate within the international legal system”. Véase también otro de los artículos publicados en este mismo ejemplar: THIERRY, H., “The Thought of Georges Scelle”, *EJIL*, vol 1, 1990, p. 193.

⁸¹¹ Liderada por el internacionalista Georg Friedrich von Martens. Para profundizar en la contribución de este autor véase el análisis de su legado positivista que hace el ya citado Martti Koskenniemi. KOSKENNIEMI, M., “Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law”, *Constellations*, vol 15, núm. 2, 2008, p. 190, p. 201.

⁸¹² ANZILOTTI, D., *Corso di diritto internazionale*, 1928 (reeditado en 1964), citado y traducido al francés por CONDORELLI, L., en “Scholie sur l’idiome scellien des manuels francophones de droit international public”, *EJIL*, vol. 1, 1990, p. 232: “le droit international est supérieur à l’Etat en ce sens qu’il constitue une limitation juridique de son pouvoir, mais non pas dans le sens que le pouvoir de l’Etat est une délégation du droit international; cette thèse non seulement n’est pas logiquement nécessaire: elle a contre elle-même l’expérience historique mais aussi-et principalement-la conviction des Etats, auxquels rien répugne davantage que l’idée d’exercer un pouvoir qui leur serait octroyé par l’ordre juridique international”.

⁸¹³ El concepto de *civitas máxima* fue popularizado en el s. XVIII por el Profesor de Filosofía, Christian Wolff. Este autor concebía el *civitas máxima* como un concepto formal, una ficción “sin contenido constitucional o político”. Véase BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut dedere....op.cit.*, pp. 29. Es curioso recordar aquí que su discípulo más importante, Emer de Vattel, cuyo pensamiento había sido fuertemente influido por las ideas de Grocio, calificó de pura ficción la idea de su maestro acerca de que los Estados del mundo podrían formar un “gran Estado”. Él creía que la única manera de preservar el bien y reprimir el mal pasaba por organizar la sociedad en naciones separadas, libres e iguales. DE VATTEL, E., *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Indianapolis: Liberty Fund, 2008, prefacio, 13-16, citado en “Realizing Utopia...” *op. cit.*, p. 7.

⁸¹⁴ STRISOWER, L., “L’extraterritorialité et... *op. cit.* Pp. 233.

Entre los autores que han abordado la pregunta que encabeza este epígrafe, debe destacarse la respuesta ofrecida por el profesor Kai Ambos, en un estudio monográfico sobre los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en el que analiza en profundidad la aplicación extraterritorial del mismo⁸¹⁵.

Se refieren a continuación varias de las ideas desarrolladas por el autor al ser ilustrativas tanto del marco contextual del que partir para realizar este análisis como de la posible respuesta a la cuestión planteada.

Ambos comienza aludiendo al principio de no intervención recogido en el artículo 2.1. de la Carta de Naciones Unidas, que regula las relaciones entre los Estados. En este marco, subraya la importancia de notar que la intervención que un Estado puede hacer en el territorio de otro Estado a través del ejercicio de su jurisdicción debe estar basada en el derecho internacional y regulada por el mismo:

“(…) con el reconocimiento de la igualdad de los Estados, los conflictos derivados de la superposición de ámbitos de soberanía sólo pueden resolverse a través de un ordenamiento jurídico supranacional o transnacional, si no se quiere que prevalezca la ley del más fuerte, es decir, la del Estado nacional más poderoso. Partimos, por tanto, de una *competencia-sobre-la-competencia del derecho internacional*⁸¹⁶”.

Pero, se pregunta el autor, ¿cómo se compatibiliza la extensión del *ius puniendi* más allá de las propias fronteras con el principio de no intervención? La respuesta exige un examen compuesto por dos fases:

1. En primer lugar, “se comprueba si el caso de referencia muestra una especial relación de afinidad o un contacto suficiente con el Estado que pretende ejercer el *ius puniendi*, o (..) si existe un punto de conexión suficiente⁸¹⁷”.
2. Una vez verificada la conexión, debe responderse la siguiente pregunta: ¿se opone a la extensión del *ius puniendi* legitimada por un punto de conexión abstracto, una expresa prohibición jurídico internacional?

⁸¹⁵ AMBOS, K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2006, pp. 267-293.

⁸¹⁶ *Id.* p. 270

⁸¹⁷ *Id.*

Citando el principio de la moderación y limitación en el ejercicio extraterritorial del *ius puniendi* formulado por el juez Fitzmaurice en el caso Barcelona Traction, Ambos contesta en los siguientes términos:

“(…) es necesario una ponderación de los intereses de Estado y soberanía afectados, que ha de resolverse en el sentido de un *mandato de optimización jurídico-internacional* semejante al principio jurídico-constitucional de concordancia en relación a otros Estados, sólo en la medida en que sea *necesario* para no vulnerar de modo indebido sus intereses. Se da una violación indebida cuando el interés del Estado lesionado en su soberanía es prevalente respecto al del Estado que pretende ejercitar su *ius puniendi* extraterritorialmente, con lo que tal ejercicio implica una intervención inadmisibile en los asuntos internos del Estado afectado”.

Hasta aquí el marco jurídico general para el ejercicio extraterritorial del *ius puniendi* para cualquier tipo de delito. El autor pasa seguidamente a desarrollar todos y cada uno de los títulos habilitantes para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en el ámbito del derecho internacional⁸¹⁸.

Pero, ¿cuál es la regulación y la fundamentación de la extraterritorialidad jurisdiccional aplicable cuándo estamos hablando de las más graves violaciones de derechos humanos?

Dejando al margen el principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales, por las dificultades prácticas a las que se enfrenta y que ya han sido objeto de análisis, hay un título habilitante cuya configuración, a pesar de no estar pensada para ser aplicada de manera exclusiva a los más graves crímenes internacionales, cumple con los exigencias de erradicación de la impunidad en este ámbito. Se trata del principio de la justicia criminal supletoria o principio de representación y viene a articular, en forma de principio, la obligación de extraditar o juzgar. Así, la pregunta formulada aquí queda respondida en términos generales a través

⁸¹⁸ A efectos estrictamente recordatorios, estos son: principio de territorialidad, principio del efecto, principio del pabellón, principio de personalidad activa, principio de personalidad pasiva, principio real, principio de jurisdicción universal y el principio de justicia penal supletoria o de representación.

del análisis anterior, y sus términos concretos se acaban de definir en la descripción que del concepto y fundamentación de este principio nos ofrece Ambos:

“(…) si el concepto de justicia criminal *supletoria* se toma en serio, el Estado que capturó o enjuició ejerce el *ius puniendi* por *representación*, es decir, en cumplimiento de la voluntad del Estado del lugar del hecho o Estado de origen. Una representación eficaz desde un punto de vista jurídico-internacional presupone más que la mera viabilidad de la extradición y la *subsidiariedad* respecto al Estado del lugar del hecho o Estado de origen que de ella (de hecho) deriva. Pues, éste puede en efecto renunciar a la persecución penal, sin mostrarse por ello conforme con la persecución en el Estado que lo capturó. Tampoco el requisito de la idéntica punibilidad en el lugar del hecho aclara nada sobre la voluntad real de persecución de ese Estado. Para verificar que existe y, en consecuencia, se está ejerciendo en realidad el *ius puniendi* de modo supletorio en nombre del Estado propiamente *competente*, es preferible obtener su *consentimiento*. El Estado del lugar del hecho tiene que transferir su *ius puniendi* originario al Estado que capturó al autor, posibilitando que ejerza un *ius puniendi derivado*. Se trata por tanto de una “extensión del *ius puniendi derivada*”, de un “complemento subsidiario del *ius puniendi* extranjero”. El principio no proporciona ningún punto de conexión idóneo para la aplicación del derecho penal, sino que implica la colaboración entre el Estado que captura y el del lugar del hecho, configurando un *modelo de cooperación* que recuerda más a la asistencia judicial que a una extensión unilateral del *ius puniendi*. (...) Con este fondo se excluye también una violación del *principio de no intervención*: si el Estado propiamente competente está de acuerdo en que otro Estado ejerza en su representación el *ius puniendi*, no puede en razón de dicha conformidad existir una intromisión en su derecho de soberanía⁸¹⁹”.

6.3.3. El *aut dedere aut judicare* como expresión razonable del principio de jurisdicción universal

La estrecha conexión entre el principio de jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar es incuestionable. Esta idea ha sido sintetizada de manera muy

⁸¹⁹ *Id.* Pp. 289-290

ilustrativa por el profesor Jose Manuel Gómez-Benítez que ha afirmado que “el Derecho internacional desarrolló el principio *aut dedere aut judicare* como expresión razonable de la jurisdicción universal, de tal forma que si el Estado en el que se encuentra el responsable no persigue los crímenes internacionales sometidos al principio de jurisdicción universal, los demás pueden y deben hacerlo solicitando la extradición, en cuyo caso aquél tiene la obligación internacional de concederla”⁸²⁰.

Precisamente a la luz de tan estrecho vínculo resultan particularmente interesantes los puntos presentados por la magistrada Van Wyngaert en su Opinión Disidente en el caso de la Orden de Detención, que enfrentó a la República Democrática del Congo con Bélgica. La jurista presenta una serie de argumentos basados tanto en la legislación y práctica nacional como en la interpretación de los instrumentos convencionales para sostener dos premisas: a) El derecho internacional no prohíbe la jurisdicción universal para crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; y b) El derecho internacional claramente permite la jurisdicción universal para estos crímenes.

Entre los primeros, la magistrada sostiene que no existe ninguna norma convencional que afirme que la jurisdicción universal *in absentia* esté prohibida. Así, critica la interpretación que en sentido contrario hace la República Democrática del Congo para los crímenes de guerras regulados en los Convenios de Ginebra en tanto que ignora la interpretación teleológica de los mismos, cuyo objetivo no es el de restringir la jurisdicción de los Estados para los crímenes de derecho internacional. También niega la existencia de una norma consuetudinaria en este sentido reconociendo que, aunque existan legislaciones nacionales que exijan la presencia del acusado en el territorio, también existen ejemplos en sentido contrario⁸²¹. Argumenta que una actuación

⁸²⁰ GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal...*op. cit.* pp. 41. Entre la autoridades académicas que han coincidido en calificar de “irracional” este principio, cabe citar a Von Liszt, que afirmó que se trataba de un principio científicamente insostenible y prácticamente irrealizable; a Binding, que lo calificó de absurdo y a Jiménez de Asúa, que lo consideró como “inaplicable como doctrina absoluta”, citados en JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad...op cit.* p. 94.

⁸²¹ Opinión disidente de la jueza Van Den Wyngaert, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, párr. 54-55.

negativa de un Estado consistente en no abrir un procedimiento penal no puede ser vista, en sí misma, como prueba de la existencia de una *opinio iuris*⁸²².

La segunda premisa se apoya fundamentalmente en el reconocimiento convencional de la jurisdicción extraterritorial para los más graves crímenes internacionales. Así, la jueza se refiere a la Convención sobre el Genocidio, que reconoce a los Estados jurisdicción extraterritorial, lo cual ha sido ya confirmada por el TIJ⁸²³ y al IV Convenio de Ginebra, cuyo artículo 146 incorpora el *aut dedere aut judicare* para los crímenes de guerras cometidos contra civiles⁸²⁴.

Abordar la naturaleza jurídica del principio de jurisdicción universal excede con creces el ámbito de la presente investigación⁸²⁵. Sin embargo, dada la estrecha conexión e

⁸²² En tanto que la decisión en estos casos suele venir condicionada por razones políticas y prácticas, la magistrada rechaza la hipótesis de que se pueda inferir una *opinio iuris* sobre la existencia de una norma de derecho internacional contraria a la aplicación del principio de jurisdicción universal en los casos en los que el acusado no esté presente en el territorio del Estado. *Id.* Para. 56

⁸²³ Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Objeciones preliminares, sentencia, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 616, para. 31: "It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention".

⁸²⁴ *Id.*, párr. 59. Conviene notar aquí que el razonamiento esgrimido induce a error en tanto que no parece hacer distinción entre el principio de jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar, lo cual tal y como se ha puesto ya de manifiesto, resulta a estas alturas un indispensable paso previo para análisis de cualquiera de las dos herramientas jurídicas. Además, tal y como afirma el Presidente Guillaume en su opinión particular en este mismo caso, del análisis convencional no es posible esgrimir la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal *in absentia* ya que el sistema jurisdiccional consagrado en los numerosos tratados firmados desde el Convenio de la Haya sobre secuestro de aeronaves de 1970, lo que vienen a reconocer es la obligación de extraditar o juzgar, cuyo pilar es la presencia del acusado en el territorio. Opinión particular del Presidente Gilbert Guillaume, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, para. 9.

⁸²⁵ Pueden contarse por cientos los trabajos publicados entre artículos, monografías y tesis doctorales sobre esta cuestión procedentes tanto del mundo académico como de las organizaciones no gubernamentales especializadas en la justicia universal. Pueden citarse, simplemente a modo de ejemplo, las siguientes publicaciones: JOYNER, C.C., "Arresting Impunity: the Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996; SADAT, L., "Redefining Universal Jurisdiction" *New England Law Review*, vol. 35, 2001; TOMUSCHAT, C., *The Duty to Prosecute Crimes Committed by Individuals*, en H.J. Cremer et al. (eds.), *Tradition und Wletoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger* (Springer, Berlin, 2002); BROOMHALL, B., "Towards the Development of an Effective System of Unviersal Jurisdiction for Crimes under International Law", *New England Law Review*, vol 35, núm. 2, 2000/2001; MARTÍN MARTÍNEZ, M., "Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales", *U. Miami International & Comparative Law Review*, 2000-2001, p. 171; SIMON J.M., "Jurisdicción universal. La perspectiva del Derecho Internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, 2001; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; MÁRQUEZ CARRASCO, C., MARTÍN MARTÍNEZ, M., "El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro," *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 251-307; OLLÉ SESE, M., *Justicia universal para crímenes internacionales...op cit.*

influencia recíproca que existe entre ambas figuras, se ha estimado conveniente abordar, aunque sea superficialmente, su alcance y contenido. Hemos de concluir, a la luz del análisis realizado, que no existe aún consenso universal acerca de la naturaleza jurídica del principio de jurisdicción universal, a pesar de la existencia, en la doctrina⁸²⁶, de sólidos desarrollos que sostienen el carácter de costumbre internacional de este principio en relación a los más graves crímenes internacionales⁸²⁷.

6.4. Análisis del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (2011).

Es oportuno comenzar este apartado con una referencia a la historia codificadora de esta cláusula alternativa⁸²⁸. Es interesante notar como ya en el Informe Preliminar del Relator Especial para este tema, existe un apartado (VII) que trata las “Cuestiones metodológicas”. En él, se hacen recomendaciones sobre el carácter de la información que la Comisión debería requerir a los Gobiernos con el fin de elaborar un proyecto de artículos que pudiera ser aceptado y observado por la comunidad internacional.

El plan de acción preliminar presentado por el Relator en este Informe Preliminar y consistente en 10 puntos también ha sido de gran utilidad como guía para valorar qué cuestiones han sido definidas y qué lagunas deben ser colmadas aún. En concreto, el

⁸²⁶ SADAT, L., “Redifining Universal Jurisdiction”, *New England Law Review*, vol. 35, 2001, p. 244.

⁸²⁷ Es indudable que la constatación de un consenso universal acerca de la naturaleza jurídica del principio de jurisdicción universal facilitaría enormemente la tarea aquí emprendida en tanto que presentaría nuevas fuentes de las que se podrían extraer conclusiones mucho más sólidas, especialmente en relación al contenido de la *opinio iuris* en el *aut dedere aut judicare*. A falta de este acuerdo universal, pueden utilizarse en este sentido algunos materiales producidos en el seno de la Sexta Comisión de la AG a raíz de un estudio recientemente iniciado a petición de la República de Tanzania en 2009 sobre el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal (Solicitud de inclusión de un tema adicional en el programa del sexagésimo tercer período de sesiones. Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. Carta de fecha de 29 de junio de 2009 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la República Unida de Tanzania ante las naciones Unidas, Doc A/63/237/Rev. 1 de 23 de julio de 2009). Por el momento, se han recibido informes de 21 Estados sobre esta cuestión. Entre los Estados que han remitido informaciones se encuentra España. Para un resumen detallado de la historia de esta iniciativa y de los avances realizados e informaciones recibidas véase el resumen redactado por la Sexta Comisión de las Naciones Unidas.

⁸²⁸ Sobre la importancia del esfuerzo codificador en el ámbito del derecho internacional, véase DÍAZ BARRADO, C., “La necesidad de la codificación en el Derecho Internacional Público”, *REDI*, vol. 47, núm.1, 1995, pp. 33-54.

punto 4 establece la estructura en la que se ha inspirado el presente trabajo de investigación, aunque limitado, en el marco sustantivo, al crimen de lesa humanidad:

“Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir sobre las fuentes de la obligación de extraditar o juzgar, el tercer paso importante sería el de determinar la posición real de la obligación en el derecho internacional contemporáneo, ya sea,

- a) Como obligación dimanante exclusivamente de tratados internacionales, o
- b) Como obligación dimanante también de normas consuetudinarias teniendo en cuenta las posibles consecuencias de su naturaleza consuetudinaria.

También cabe la posibilidad de que la obligación tenga carácter mixto, cuando, por ejemplo, la extradición (*dedere*) venga impuesta por compromisos convencionales mientras que el juicio (*judicare*) se funde en normas consuetudinarias (o viceversa)⁸²⁹.”

A raíz de este primer Informe, la Comisión, en su 58º período de sesiones, decidió solicitar a los gobiernos que presentaran información sobre su legislación y práctica relativas a la obligación de extraditar o juzgar. En marzo de 2007, siete eran los Estados que habían enviado observaciones por escrito: Austria, Croacia, Japón, Mónaco, Qatar, Reino Unido y Tailandia. Este número aumentó en abril de 2007 con la remisión de información por parte de Chile, Irlanda, Líbano, Méjico, Eslovenia, Suecia, Túnez, Estados Unidos, Letonia, Serbia, Sri Lanka, Kuwait y Polonia. En mayo de 2008, cuatro Estados más habían enviado sus respuestas: Guatemala, Mauricio, Países Bajos y la Federación Rusa. El número actualizado de Estados que han remitido sus informes sigue resultando insuficiente (29 a día de hoy), siendo las últimas contribuciones las de Argentina, Bélgica, Canadá, Sudáfrica y Yemen en marzo de 2009.

A los Estados se les pidió información sobre:

Tratados internacionales que vinculan al Estado y contienen la obligación de extraditar o juzgar, y reservas formuladas por el Estado para limitar el alcance de esa obligación;

- Normas jurídicas internas, aprobadas y aplicadas por el Estado, incluidas las disposiciones constitucionales, el código penal y el código de procedimiento penal, relacionadas con la obligación de extraditar o juzgar;

⁸²⁹ Comisión de Derecho Internacional. Informe Preliminar...supra nota al pie 767, para. 61

- Práctica judicial del Estado que refleja la aplicación y el alcance del principio de jurisdicción universal y de la obligación *aut dedere aut judicare*, o su no aplicación;
- Delitos y crímenes a los que la legislación o la práctica del Estado aplican el principio de jurisdicción universal y la obligación *aut dedere aut judicare*;
- Obstáculos que dificultan la aplicación por el Estado en los foros nacionales e internacionales de los principios de jurisdicción universal y *aut dedere aut judicare*⁸³⁰.

Un año después, en virtud de la Resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007⁸³¹, las cuestiones sobre las que se requería información a los Estados se ampliaron, solicitándose a los Estados también información sobre si el Estado consideraba la obligación de extraditar o juzgar como una obligación de carácter consuetudinario, y en tal caso, se solicitaba a los Estados que definiesen en qué medida se consideraban obligados.

A través de las respuestas a estas cuestiones, el Relator busca averiguar cuál es la consideración de la naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar por parte de los actores estatales.

Ha sido ya puesto de manifiesto que el escaso número de informes recibidos por parte de los países, ha determinado que el Proyecto de Artículos Codificadores de esta obligación jurídica propuesto por el Relator, se haya apoyado en gran parte en las opiniones expresadas por las delegaciones de los gobiernos en la Sexta Comisión cuando se debatían estas cuestiones.

Tras el tercer Informe, presentado el 10 de junio de 2008, la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre el tema, presidido por Alain Pellet. Este Grupo elaboró un marco general de trabajo para que la Comisión examinara el tema en 2009 y se basó, para la elaboración de su cuarto Informe, tanto en este marco como en el

⁸³⁰ Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), 2006, p.19, UN Doc. A/CN.4/571.

⁸³¹ Con referencia al Informe de la Sexta Comisión de la AG sobre el trabajo de la 59ª sesión de la CDI, sesión 62ª, Suplemento nº 10 (A/62/10), párr. 365-366.

examen de las convenciones multilaterales que podían resultar pertinentes para la labor de la CDI sobre el tema⁸³².

La información recibida y las investigaciones llevadas a cabo durante estos cinco años (2006-2011) han permitido al Relator Especial proponer en el cuarto Informe de 2011, cuatro proyectos de artículos para la codificación de esta obligación jurídica:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículo se aplicará a la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de la obligación alternativa de los Estados de extraditar o juzgar a las personas bajo su jurisdicción”.

Conviene repasar las alternativas que fueron contempladas por el Relator antes de optar por esta versión final del primer proyecto de artículo, en tanto que a través de ellas se aborda uno de los debates más controvertidos sobre el alcance y contenido de la obligación. Así, en el tercer Informe de 2009, el Relator, sobre la base de los comentarios de las delegaciones de los Estados en la Sexta Comisión, propuso una versión alternativa del proyecto del artículo 1:

“El presente proyecto de artículo se aplicará a la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de la obligación jurídica de los Estados de extraditar o juzgar a las personas (bajo su jurisdicción) (que se encuentren en el territorio del Estado de detención) (que se encuentren bajo el control del Estado de detención)”.

La decisión de optar por la primera de las alternativas no es, en absoluto, inocua. El término “bajo su jurisdicción” abre la puerta a una concepción amplia de la competencia del Estado que permite incluir la jurisdicción universal⁸³³. Al optar por esta formulación,

⁸³² Comisión de Derecho Internacional, Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630. Consultado el [21/05/2013](#)

⁸³³ Esta concepción amplia ha sido también defendida por Amnistía Internacional que en su Informe de 2010 sobre la jurisdicción universal afirmó que “Conforme a la obligación conexa de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) el Estado tiene el deber, bien de ejercer su jurisdicción respecto de una persona sospechosa de haber cometido ciertas categorías de crímenes (lo que necesariamente implicaría el ejercicio de la jurisdicción universal en ciertos casos), bien de extraditar a la persona a un Estado que

el Relator ha querido mantener la posibilidad de que un Estado que reconozca el principio de jurisdicción universal para los más graves crímenes internacionales, pueda afirmar su competencia para conocer de estos delitos mediante la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, sin exigir una conexión territorial con el supuesto. Esta interpretación, quizá expansiva, del proyecto de artículo 1 desvirtúa el propio fundamento de la obligación de extraditar o juzgar, cuya fuerza legitimadora, como se ha venido analizando, reside precisamente en el requisito de la presencia del acusado en el territorio del Estado. Esta es la característica que la diferencia del principio de jurisdicción universal y que la convierte en una herramienta más útil y realista, en tanto que introduce un elemento de objetividad que permite sortear los más que conocidos obstáculos políticos a los que ha tenido que enfrentarse el principio de jurisdicción universal y que han logrado reducir su eficacia hasta convertirlo en un instrumento casi anecdótico⁸³⁴.

“Artículo 2

Obligación de cooperar

1. Con arreglo al presente proyecto de artículos, los Estados cooperarán entre sí y con los tribunales internacionales competentes, según corresponda, en la lucha contra la impunidad en lo que respecta a los crímenes y delitos de trascendencia internacional.

tenga la capacidad y la voluntad de juzgarla o de entregarla a un tribunal penal internacional con jurisdicción sobre el sospechoso y el delito” (traducida del inglés). Amnistía Internacional, “II. Two related but distinct rules: universal jurisdiction and the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)”, en *Universal jurisdiction, UN General Assembly should support this essential international justice tool*, 2010. Pp. 10. Consultado el 21/05/2013. Por otro lado, existen pronunciamientos en el ámbito del derecho internacional que confirman que el principio de jurisdicción universal no exige la presencia del acusado en el territorio, afirmación que interpretada en negativo puede apoyar la tesis aquí defendida de que esta es precisamente la característica que la distingue del aut dedere aut judicare. Véase Opinión disidente de la jueza Van Den Wyngaert, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, párr. 53.

⁸³⁴ Estando en manifiesto desacuerdo con esta elección del Relator que ya en el tercer informe se perfilaba como la favorita del Relator, las delegaciones de los Estados en la Sexta Comisión, tras el tercer informe, exhortaron al Sr. Galicki “a seguir examinando la condición de que el presunto culpable deba encontrarse “bajo (la) jurisdicción” del Estado; a este respecto, se propuso que el proyecto de artículos hiciera referencia a las personas que se encontraban en el territorio del Estado de detención o bajo su control”. Véase Comisión de Derecho Internacional, 60º período de sesiones, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 59º período de sesiones (2007), Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo segundo período de sesiones, 24 de enero de 2008, Doc. A/CN.4/588, párr. 172.

2. Con esa finalidad, los Estados aplicarán, donde y cuando sea posible, y de conformidad con el presente proyecto de artículos, el principio de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)”.

Con este segundo proyecto de artículo, el Relator ha querido referirse a uno de los principios internacionales que subyacen a la cristalización de la obligación de extraditar o juzgar: la obligación de los Estados de cooperar en la lucha contra la impunidad⁸³⁵. Este artículo vino a sustituir a la propuesta original de artículo 2, dirigido a aclarar el significado de las expresiones utilizadas⁸³⁶.

“Artículo 3

El Tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar

1. Todo Estado está obligado a extraditar o juzgar a los presuntos culpables de un delito si dicha obligación está prevista en un tratado en el que el Estado sea parte.
2. El derecho interno del Estado parte contemplará las condiciones concretas para el ejercicio de la extradición o el enjuiciamiento, de conformidad con el tratado que establezca esa obligación y los principios generales del derecho penal internacional”.

⁸³⁵ Para profundizar sobre esta cuestión véase el apartado “A. La obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad”, del cuarto informe que hace un recorrido por las manifestaciones de este principio en los distintos instrumentos internacionales, Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc. A/CN. 4/648. Véase también el capítulo 1 de esta tesis para un estudio más exhaustivo sobre la impunidad.

⁸³⁶ La redacción original de este artículo rezaba como sigue:

“Artículo 2. Términos empleados.

1. A los fines del presente proyecto de artículos:
 - a. Se entiende por “extradición”
 - b. Se entiende por “enjuiciamiento”
 - c. Se entiende por “jurisdicción”
 - d. Se entiende por “personas bajo jurisdicción”
2. Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en el presente proyecto de artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar (en otros instrumentos internacionales o) el derecho interno de cualquier Estado”.

De haberse incluido este artículo, se habría aclarado el significado de la expresión “personas bajo jurisdicción”, lo cual habría servido bien para confirmar o para desmentir la inclusión de la jurisdicción universal en la obligación jurídica objeto de esta investigación. Sin embargo, por razones que no se explican, en el cuarto informe el Relator da un giro de 180º al artículo 2 para proponer el enunciado analizado.

Esta tercera propuesta viene a reconocer, en su primer apartado, el carácter obligatorio de la obligación jurídica de extraditar o juzgar cuando la misma esté incluida en un tratado que haya sido ratificado por un Estado. Esta articulación del carácter vinculante que para un Estado tienen los instrumentos internacionales ratificados por el mismo, sorprende por su redundancia, que sería aún más pronunciada si el ámbito material de aplicación de estos principios se circunscribiera a los más graves crímenes internacionales⁸³⁷.

El segundo apartado persigue un objetivo mucho más claro. Tal y como explica el Relator Especial, “(...) teniendo en cuenta la variedad y diversidad de disposiciones relativas a la obligación en cuestión que figuran en los tratados concretos (véanse los párrafos 43 a 69 supra), parecería útil añadir un segundo párrafo referido al cumplimiento y aplicación de esa obligación en la práctica por parte de los distintos Estados (...)”⁸³⁸.

Así, a través de esta disposición se delega en los Estados la responsabilidad de definir el contenido y alcance de esta obligación a la luz de una interpretación individual y teleológica de cada Tratado, realizada de conformidad con los principios generales del derecho penal internacional⁸³⁹.

⁸³⁷ En este caso no solo se habría reiterado la naturaleza obligatoria del contenido de cualquier instrumento convencional ratificado, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331) sino que además se estaría reiterando la vigencia de la obligación alternativa de extraditar o juzgar que se desprende de la naturaleza de ius cogens de la prohibición de las más graves violaciones de derecho internacional. Véase sentencia citada TPIY, Fiscal c. Furundzija...*op cit*.

⁸³⁸ Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc. A/CN. 4/648, párr. 71.

⁸³⁹ El Relator ha enumerado en este Cuarto Informe las 4 clasificaciones más relevantes de los tratados internacionales que contienen esta obligación alternativa. Por orden cronológico, la primera fue la realizada por los expertos iusinternacionalistas Cherif Bassiouni y Edward Wise en el primer trabajo monográfico sobre el *aut dedere aut judicare*, publicado en 1995 (BASSIOUNI, M.C.; WISE, E.M., *Aut dedere....op.cit*); la segunda fue realizada por Amnistía Internacional, que a mediante una profunda investigación sobre el principio de jurisdicción universal cubre el análisis de todos los tratados que contienen esta cláusula aprobados entre 1929-2000. En 2009, incorporaría un memorando de actualización consagrado exclusivamente a la citada obligación jurídica; la tercera clasificación tiene como autora a Claire Mitchel e incluye el análisis de 30 convenciones multilaterales y 18 instrumentos regionales. (MITCHELL, C., “*The Aut Dedere....*”, *op.cit.*); por último, se destaca la clasificación más reciente, la realizada por la Secretaría de la CDI en junio de 2010 (A/CN.4/630). Este estudio identifica hasta 61 instrumentos multilaterales que contienen disposiciones que combinan la

“Artículo 4.

La costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*

1. Todos los Estados tienen la obligación de extraditar o juzgar a un presunto delincuente si esa obligación deriva de las normas consuetudinarias del derecho internacional.
2. Esa obligación puede proceder, en particular, de las normas consuetudinarias del derecho internacional relativas a (las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra).
3. La obligación de extraditar o juzgar surgirá de toda norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados (*ius cogens*), en forma de tratado internacional o de costumbre internacional, que tipifique cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2”.

A los efectos de esta investigación, el proyecto de artículo 4 es, sin duda, el más interesante de todos. La forma en la que se insinúa en el apartado 2 la posibilidad de inferir el carácter consuetudinario de esta obligación alternativa de la regulación internacional de los más graves crímenes internacionales es tremendamente sugerente por varias cuestiones: por un lado, insinúa la conveniencia de limitar, al menos en este estadio inicial de su consolidación, el alcance material de esta cláusula a las más graves violaciones de derecho internacional⁸⁴⁰; por otro lado, da luz verde a la posibilidad de deducir la naturaleza consuetudinaria de esta obligación de la propia consideración jurídica internacional de las normas que prohíben estos crímenes internacionales⁸⁴¹.

extradición y el enjuiciamiento con métodos alternativos para el castigo de los condenados. La cuestión del alcance y efectos de la variedad de fórmulas adoptadas en los instrumentos internacionales que contienen esta obligación será abordada en profundidad en el siguiente capítulo.

⁸⁴⁰ A pesar de que el Relator realiza, al final del informe, una aclaración que puede exigir una interpretación más flexible de lo enunciado: “*La lista de crímenes y delitos que figura en el párrafo 2 parece seguir abierta y sujeta a ulterior examen y debate*”, Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc. A/CN. 4/648, para. 96.

⁸⁴¹ Apartado 3 y el punto G del Cuarto Informe, concretamente en relación al CAH, párr. 92.

CAPÍTULO VII

EL AUT DEDERE AUT JUDICARE COMO OBLIGACIÓN CONVENCIONAL

7.1. El principio como obligación convencional

7.1.1. La inexistencia de un Convenio internacional de prohibición del crimen de lesa humanidad

Las fuentes de la obligación internacional están recogidas en el artículo 38.1. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en los siguientes términos:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”.

Respetando el orden que nos propone la CIJ, si queremos resolver la incógnita de la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare*, la primera duda que debemos despejar es la siguiente: ¿es la obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad una obligación de carácter convencional?

A la pregunta formulada, hemos de responder aquí con una tajante negativa. A pesar del constatado carácter de *ius cogens* del que goza la prohibición de los más graves crímenes internacionales, no existe, a día de hoy, un Tratado o Convenio internacional que articule de manera específica esta prohibición, y que, como el Convenio para la

Prevención y Sanción del Delito de Genocidio o los Convenios de Ginebra de 1949, establezca el marco jurídico que debe utilizarse para la calificación, enjuiciamiento y castigo de este crimen internacional. Evidentemente, tampoco esto ha sido objeto de regulación en instrumentos regionales o en tratados bilaterales de extradición.

La doctrina, por su parte, viene denunciando esta laguna desde principios de los 90⁸⁴², coincidiendo con el establecimiento de los tribunales *ad hoc*, creados para el enjuiciamiento de las atrocidades cometidas durante la guerra de los Balcanes y la guerra civil en Ruanda⁸⁴³. Sin embargo, el primer esfuerzo firme realizado por parte de la doctrina para colmar este vacío no se concreta hasta 2009, cuando, bajo la dirección de Leila Nadya Sadat, despegó el proyecto “Crimes Against Humanity Initiative”, en el seno del Instituto de Derecho “Whitney R. Harris” de la Universidad de Washington. La finalidad de este proyecto, que culminó en 2011, era estudiar los problemas inherentes a la figura de los crímenes contra la humanidad y proponer un borrador de Convenio que regulara su prevención y castigo⁸⁴⁴.

La elección de los términos para la formulación de la pregunta y su contundente respuesta negativa nos lleva a abordar el análisis de los instrumentos multilaterales y regionales desde un enfoque innovador, que pasa por apartarse de las existentes propuestas sistematizadoras de los convenios y tratados que han incorporado esta

⁸⁴² BASSIOUNI, C., “Crimes Against humanity. The need for a specialized Convention”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, 1993, p. 457.

⁸⁴³ Si bien es cierto que los Estatutos de estos tribunales incorporan el crimen de lesa humanidad como tipo autónomo y establecen el marco jurídico para su enjuiciamiento, basado en la primacía de la jurisdicción del tribunal internacional, no debemos olvidar que estos Estatutos, y por consiguiente, la creación de estos órganos judiciales *ad hoc* fueron aprobados por el Consejo de Seguridad actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (Acción en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión). A diferencia del Estatuto de Roma, que es un tratado multilateral en sentido estricto, los instrumentos reguladores de los dos tribunales *ad hoc* fueron aprobados mediante resolución del Consejo de Seguridad. Tampoco gozaron de carácter de convenio multilateral, como es bien sabido, la Carta de Londres (que fijó los principios que regirían los Juicios de Núremberg) y la Carta del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (por la que se regirían los Juicios de Tokio).

⁸⁴⁴ Para una documentada historia del proceso de gestación de esta Convención véase el Apéndice III de la obra: “A Comprehensive History of the Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity”. Este trabajo va a representar una fuente de estudio muy importante en esta sección de la investigación. “Forging a Convention for Crimes Against Humanity”, ed. Por Leila Nadya Sadat, Cambridge University Press, 2011. Esta Propuesta de Convención será estudiada en profundidad en el último de este mismo capítulo.

obligación alternativa a su texto⁸⁴⁵, entre las cuales destaca el Estudio de la Secretaría de las Naciones Unidas de 18 de junio de 2010⁸⁴⁶.

Así, siguiendo la orientación elegida para la realización de esta investigación, la selección de los instrumentos convencionales a analizar en este epígrafe, se basará en el criterio sustantivo del ilícito que regulen. Para acometer esta tarea, sin perjuicio del reconocimiento de la existencia de otras propuestas⁸⁴⁷, se hará uso de la clasificación

⁸⁴⁵ Sin que ello implique, por supuesto, dejar de reconocer el gran valor que estas propuestas clasificatorias han tenido para el desarrollo del contenido de la obligación alternativa. De entre todos los esfuerzos de clasificación de instrumentos convencionales, deben destacarse aquí tres, por ser los trabajos de referencia en este ámbito. En primer lugar, encontramos la propuesta de los académicos Cherif Bassiouni y Edward Wise, formulada en el que se ha consagrado como el primer trabajo monográfico sobre el *aut dedere aut judicare*. (BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.* La clasificación propuesta por estos autores se basa en una división sustantiva, se separan por delitos; Más de diez años tuvieron que pasar para que se publicara otro trabajo dirigido al análisis de esta obligación jurídica. Esta tarea fue acometida por Claire Mitchell, una investigadora del Graduate Institute de Ginebra. La autora divide los tratados a analizar en dos grandes grupos: tratados multilaterales y convenios de extradición. (MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*). Casi simultáneamente, Amnistía Internacional, publicaba su informe sobre la obligación de extraditar o juzgar. (Amnistía Internacional, Comisión de Derecho Internacional. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), Madrid, 2009). Si se ha optado por no incluir estas clasificaciones en el cuerpo del documento es simplemente por evitar ocupar espacio repitiendo lo que ya ha sido consolidado por parte de la doctrina. Baste por ello aquí con referirse a la existencia de estos avances investigativos sin que sea necesario repetirlos. Además, tener en cuenta que en el CAP III, en la historia, se hace alusión a todos los convenios en tanto que se usan como fuentes para el análisis de la evolución de la figura.

⁸⁴⁶ Esta propuesta debe ser resaltada en tanto que no se trata solo de un estudio conducido en el seno de las Naciones Unidas, desarrollado con la finalidad de “servir de ayuda a la Comisión facilitando información sobre convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para su labor futura sobre este tema”, y por tanto siguiendo las directrices marcadas por el Relator y el Grupo de trabajo, sino que es el ejercicio clasificatorio más reciente (junio 2010) y por ende, tiene en cuenta, a la hora de proponer su categorización, las sistematizaciones citadas en la nota al pie anterior. Comisión de Derecho Internacional, Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630. Consultado el 07/06/2013.

⁸⁴⁷ Jiménez de Asúa (citado en Ollé Sese, Justicia Universal...op. cit. Pp. 186-187) propone cuatro categorías de crímenes internacionales: los delitos de persecución cosmopolita como aquellos preparados, consumados y perpetrados hasta en 3 territorios diversos o los que atenten contra intereses que en todas partes necesiten protección como la seguridad del comercio internacional, de las grandes vías de comunicación y de las relaciones monetarias y de la defensa contra los enemigos del género humano: piratería, traficantes de esclavos, mujeres y niños; delitos internacionales sensu stricto sin contenido político como la ruptura y deterioro de los cables submarinos, las infracciones en ciertas comunicaciones radioeléctricas o el entorpecimiento de las señales de salvamento; delitos propiamente internacionales de contenido político como la guerra de agresión y delitos contra la humanidad, entendidos como los definía el artículo 6 del Estatuto de Núremberg, al que añade como especial el delito de genocidio. La clasificación propuesta por Ollé Sese, por otro lado, divide los crímenes internacionales en dos categorías: crímenes de primer y segundo grado. A pesar de los contundentes argumentos que esgrime para justificar el carácter expansivo de los crímenes de primer grado, (entre los que incluye la piratería, el tráfico ilegal de migrantes en alta mar, la esclavitud y prácticas relacionadas con la misma, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, crimen de agresión, desaparición forzada de personas, el genocidio, el apartheid, la tortura, el terrorismo y la mutilación genital femenina), el objetivo específico de esta tesis doctoral exige concentrarse en el análisis de las pruebas contundentes de la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad. Por ello, partir de una clasificación que equipare el crimen de lesa humanidad, cuya vertiente procesal debe ser analizada

formulada por el profesor Otto Triffterer en 1987, fundamentalmente por su claridad y por la autoridad que le confiere el haberla inferido de los informes nacionales de los Estados participantes en los coloquios preparatorios del XIV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre “Los crímenes internacionales y el derecho penal interno”. Según este autor, existen dos categorías de crímenes internacionales: los crímenes internacionales en sentido estricto, que amenazan los valores jurídicos internacionales, tales como la paz y la integridad de la comunidad internacional, y por los que se exige una responsabilidad inmediata y directa fundada en derecho internacional; y los crímenes internacionales en sentido amplio, entendiendo por tales aquellos actos que amenazan valores inherentes a los ordenamientos jurídicos nacionales y para cuya erradicación resulta imprescindible la cooperación penal entre Estados⁸⁴⁸. Entre los primeros, Triffterer incluye los crímenes de Núremberg (crímenes

también mediante el estudio de la regulación procesal de los crímenes internacionales equiparables por su gravedad, al delito de terrorismo, cuya indefinición es de sobra conocida, puede resultar contraproducente. Tampoco es la clasificación idónea desde el punto de vista expositivo por su redundancia, ya que enumera como crímenes internacionales autónomos de primer grado ilícitos como la desaparición forzada o el apartheid, subsumible en los crímenes de lesa humanidad. Además el hecho de que afirme que se trata de crímenes que imponen el ejercicio jurisdiccional universal resulta difícilmente sostenible a la luz del análisis que se ha venido haciendo y que se continuará en este capítulo y que evidencia la dificultad de afirmar incluso la existencia del *aut dedere aut judicare* en relación al núcleo duro de los crímenes internacionales o los hechos constitutivos de las más graves violaciones de derechos humanos. Véase OLLÉ SESE, *Justicia Universal...op. cit.*, pp. 184-244. Otros autores que han optado por una articulación no diferenciada entre los crímenes internacionales sensu stricto y sensu lato incluyen a la egipcia autoridad mundial Cherif Bassiouni. En 1980, este autor presentó un borrador de Código Penal Internacional, cuya parte especial recibió duras críticas por parte de las Naciones Unidas ya que regulaba conjuntamente los crímenes de Núremberg con crímenes como la piratería o el tráfico de drogas. Como resultado de estas críticas, Bassiouni corrigió su borrador y presentó una triple clasificación: crímenes, delitos e infracciones. El primer grupo (cuyo contenido es casi idéntico al de los crímenes internacionales sensu stricto de Triffterer incluye los crímenes de Núremberg, el uso ilegal de armas, el genocidio y el apartheid.

⁸⁴⁸ TRIFFTERER, O., “Rapport général. Première partie par Otto Triffterer, Les crimes internationaux et le droit penal interne”, Actes du Colloque Préparatoire tenu à Hammamet, Tunisie, 6-8 juin 1987, *Revue Internationale de Droit Penal* (Coloquio Preparatorio del XIV Congreso de Derecho Penal Internacional realizado en Viena en 1989). Esta clasificación cristalizó en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y consolidó entre la doctrina, una tendencia a distinguir entre (i) crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (core crimes o crímenes principales, esenciales, nucleares o fundamentales, crímenes de trascendencia internacional o international crimes, y (ii) otros crímenes de trascendencia internacional. Los primeros corresponden a los crímenes internacionales en sentido estricto y los segundos, a los crímenes internacionales en sentido amplio. Entre los iusinternacionalistas que han abogado por esta clasificación cabe destacar a Ambos y a Werle (citados en OLLÉ SESE, M. *Justicia Universal...op cit.*, p.190). Triffterer, sin embargo, prefiere, entre todas las expresiones acuñadas para referirse a los crímenes más graves de trascendencia internacional el término “crimen bajo el derecho internacional” (crime under international law) porque considera que expresa con mucha claridad que la responsabilidad penal se establece directamente en aplicación del derecho internacional. Por otro lado, para aludir a los otros crímenes de trascendencia internacional, el autor prefiere la expresión “crímenes transnacionales” (transnational crimes) ya que expresa que se trata de un crimen que afecta a más de un Estado e incide en la necesidad de la cooperación y la coordinación entre los mismos para lograr el enjuiciamiento. (TRIFFTERER, O., “Rapport général...op cit. pp. 47-48).

de guerra, genocidio, crimen de lesa humanidad), mientras que para los segundos no se aventura a ofrecer una lista cerrada y exhaustiva, aunque incluye entre ellos los delitos de tráfico de drogas, la falsificación de moneda, la esclavitud, el tráfico de personas y el secuestro de aeronaves⁸⁴⁹.

En tanto que este trabajo se circunscribe a un crimen internacional en sentido estricto, el crimen de lesa humanidad, solo serán objeto de análisis aquí los tratados que, conteniendo esta cláusula procesal, regulen la prevención y sanción de crímenes internacionales subsumibles en la categoría triffteriana de crímenes internacionales *sensu stricto*. Ello incluirá tratados multilaterales y regionales.

La razón que fundamenta esta elección es que es el análisis de estos convenios lo que nos permite dotar de contenido a la propuesta de tratado internacional para la prevención y castigo de este crimen, por varias razones. Por un lado, es preciso destacar que tanto que la gravedad de los crímenes, como su carácter político juegan un papel muy importante y determinan la necesidad de diferenciar los mecanismos de cooperación penal incorporables para prevenirlos, de los mecanismos y estrategias aplicables al resto de los delitos. Por otro lado, el consenso internacional sobre las obligaciones que pesan sobre todos los Estados de “ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales⁸⁵⁰”, reflejado a través del alto número de Estados parte en el Estatuto de Roma, también encuentra numerosos apoyos en el ámbito doctrinal⁸⁵¹. Este acuerdo sin embargo, está circunscrito a los crímenes de competencia de la CPI, coincidentes con la categoría de crímenes internacionales en sentido estricto de Otto Triffterer⁸⁵².

⁸⁴⁹ Curiosamente, en este coloquio, España y Brasil solicitan, a través de sus informes nacionales, que la piratería y el terrorismo sean también incluidas en este segundo grupo. Triffterer, O., Rapport général...op cit. pp. 50.

⁸⁵⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo, para. 6.

⁸⁵¹ HALL, C.K., “The Role of Universal Jurisdiction in the International Criminal Court Complementarity System”, en Bergsmo (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010, pp. 211; Schabas, W., *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 45; ARBOUR, L., “Will the ICC have an impact on universal jurisdiction?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, núm. 3, 2003, pp. 587-8.

⁸⁵² Se desprende, por ende, de este acuerdo que la ratificación de los instrumentos convencionales reguladores de crímenes internacionales en sentido estricto es una fuente fundamental para inferir la *opinio iuris* de los Estados de cara a determinar la existencia de una costumbre internacional. En este sentido y en tanto que el objeto de esta tesis es el estudio de una cláusula procesal, es interesante traer a colación la posición que, en relación a la analogía ha sostenido el Tribunal Supremo español en el asunto Scilingo. En este caso, se afirma que en el ámbito procesal no existe la prohibición de la analogía, ya que

7.1.2. Instrumentos convencionales que regulan los crímenes internacionales en sentido estricto que contengan la cláusula *aut dedere aut judicare*

Se han abordado en el capítulo anterior algunos interrogantes relativos al contenido de la obligación de extraditar o juzgar. Algunas de las averiguaciones han servido para aclarar el alcance de la misma (por ejemplo, el carácter obligatorio del requisito de la presencia del acusado en el territorio como elemento configurador de la obligación alternativa) mientras que otras han evidenciado una falta de consenso respecto a cuestiones como la primacía de una u otra alternativa, habiéndose expuesto ya las razones que justifican la idoneidad de acudir al caso concreto para optar por reconocer la preferencia de una u otra alternativa⁸⁵³. Por consiguiente, a la vista de que la heterogeneidad se configura como característica inherente al *aut dedere aut judicare*⁸⁵⁴,

ésta se circunscribe al ámbito sustantivo o material. Este argumento nos sirve para presentar las ratificaciones de todos los instrumentos convencionales analizados como una expresión más de la opinión y práctica de los Estados hacia el reconocimiento del *aut dedere aut judicare* en relación a los crímenes de lesa humanidad. Véase FERNANDEZ LIESA, C.R., “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el derecho penal español”, en *Justicia de transición...* op cit., p. 89.

⁸⁵³ Véase el apartado “2.2.2. Obligación de extraditar”, del Capítulo 3. Además, la propuesta de artículo 3 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional alude implícitamente a esta cuestión al afirmar en el apartado 2 que “El derecho interno del Estado parte contemplará las condiciones concretas para el ejercicio de la extradición o el enjuiciamiento, de conformidad con el tratado que establezca esa obligación y los principios generales del derecho penal internacional”. Véase Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc. A/CN.4/648, para. 70-71.

⁸⁵⁴ Esta afirmación ha sido ampliamente justificada en el Capítulo 3, a lo largo del apartado “2.1. Historia y evolución del concepto” y ha sido reiterada por la Secretaría de la CDI que en junio de 2010, tras el estudio de 61 instrumentos convencionales multilaterales a nivel internacional y regional, acaba proponiendo una clasificación que divide a los instrumentos en cuatro grupos en función de la articulación de la obligación: a. El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda de 1929 y otras convenciones que siguen el mismo modelo; b. Los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional de 1977; c. Convenciones regionales de extradición y d. El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y otras convenciones que siguen el mismo modelo. Comisión de Derecho Internacional, Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630. Consultado el 21/05/2013, pp. 78-79, para. 150: “(...) las cláusulas que por lo general se califican de cláusulas que contienen una obligación de extraditar o juzgar comparten dos características fundamentales, a saber: a) el objetivo de asegurar el castigo de ciertos delitos a nivel internacional; y b) el uso, para tal fin, de un mecanismo que combina la posibilidad de enjuiciamiento por el Estado de detención y la posibilidad de extradición a otro Estado. Aparte de estas características comunes básicas, las cláusulas de esa índole que figuran en convenciones multilaterales varían mucho en cuanto a su formulación, contenido y alcance, en particular en lo que atañe a las condiciones que imponen los Estados respecto de la extradición y el enjuiciamiento y la relación que establecen entre esas dos posibles modalidades de actuación”.

se ha estimado que la clasificación de los tratados en este epígrafe debe estar guiada por un criterio que, por un lado, abrace el reconocimiento de la existencia de variaciones en la construcción de la obligación y, por otro, proporcione un análisis exhaustivo y riguroso de una de las fuentes más importantes para la determinación de la naturaleza jurídica de esta obligación: los instrumentos convencionales. Para ello, los convenios multilaterales y regionales específicamente reguladores o incluyentes de los crímenes internacionales “en sentido estricto” serán divididos en dos grupos: aquellos que incorporen la obligación de extraditar o juzgar y aquellos que no lo hagan⁸⁵⁵.

En ambos apartados, los tratados serán divididos en función de su alcance y para su estudio se seguirá un orden cronológico.

Consúltense las clasificaciones de los tratados más relevantes que contienen la obligación alternativa objeto de estudio en la nota al pie 176 (pp. 81) del Cap III.

⁸⁵⁵ En un principio, se valoró la posibilidad de realizar un análisis cruzado de todos los Estados para identificar qué Estados habían firmado convenios bilaterales comprometiéndose a garantizar el enjuiciamiento de los presuntos responsables de los crímenes internacionales en sentido estricto. Sin embargo, tras un estudio preliminar de la cuestión se optó por no incluir este análisis por varias razones:

1. Los tratados bilaterales entre Estados son por lo general, instrumentos de cooperación penal en sentido amplio y por ende, suelen contener remisiones generales al alcance sustantivo de los mismos (delitos cuya pena mínima sea superior a dos años), por lo que no encontraríamos tratados bilaterales que regularan la extradición atendimiento a las particulares características del crimen de lesa humanidad. Es más, generalmente encontraríamos en estos instrumentos algunas características de la extradición clásica como la no extradición por delitos políticos, que, como hemos visto en el capítulo VI, no son aplicables a los más graves crímenes internacionales.
2. Las dificultades de acceso a la fuente original en algunos casos son insalvables.
3. La posición hacia el reconocimiento convencional del *aut dedere aut judicare* en relación a los crímenes internacionales en sentido estricto y, por consiguiente, en relación al crimen de lesa humanidad, puede inferirse del análisis de las ratificaciones, reservas y declaraciones que los Estados han hecho en los ámbitos internacional y regional que hasta aquí se ha venido haciendo.

Con lo cual el titánico esfuerzo que supondría una investigación exhaustiva de todos los tratados bilaterales que incorporaran la cláusula no sería proporcional a la modesta aportación que con ello se haría de cara a la determinación de la naturaleza jurídica de la obligación con respecto al crimen de lesa humanidad. Para consultar el último estudio exhaustivo al respecto, véase SHEARER, I., *Extradition in International Law*, Manchester, University of Manchester Press, 1970.

7.1.2.1. Instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales *sensu stricto* que incorporen la cláusula *aut dedere aut judicare*⁸⁵⁶

A la luz de los criterios (sustantivos y de alcance) que acotan el presente estudio y determinan la división de los instrumentos convencionales en internacionales y regionales, se ha identificado más de una decena de convenios internacionales que cumplen con los dos requisitos esenciales esbozados previamente para ser incluidos en el primer grupo:

- Su contenido material incluye la regulación de un crimen internacional en sentido estricto, es decir, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio.
- Incorpora, como parte de los principios procesales mediante los cuales se articula el enjuiciamiento de los referidos crímenes, la obligación de extraditar o juzgar.

En el marco diseñado, y siguiendo un orden cronológico, deben destacarse en primer lugar, los cuatro **Convenios de Ginebra de 1949** que, en tanto que reguladores del Derecho Internacional Humanitario, delimitan el contenido de los crímenes de guerra y positivizan su prohibición. El enjuiciamiento de las graves violaciones de los mismos se garantiza aquí a través de la obligación de extraditar o juzgar recogida en los cuatro Convenios en idénticos términos⁸⁵⁷. Además de reconocer esta cláusula, el contenido de este artículo, común a los cuatro Convenios, incorpora también una obligación de adecuación de la normativa interna para los Estados Parte. Estos deben “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se

⁸⁵⁶ Las principales fuentes consultadas para el desarrollo de este apartado han sido las bases de datos del “United Nations Treaty Collection” y la base de datos de Derecho Internacional Humanitario del Comité Internacional de la Cruz Roja. Para la ordenación de los resultados obtenidos a través del escrutinio de estos dos bancos de datos, han sido imprescindibles, por su sistematicidad y simplificación, las ya mencionadas clasificaciones de referencia en el tema que nos ocupa: la propuesta de Bassiouni, la clasificación de Claire Mitchell, el trabajo de Amnistía Internacional y el reciente trabajo de la Secretaría de la CDI. Consúltense las clasificaciones de los tratados más relevantes que contienen la obligación alternativa objeto de estudio en la nota al pie 176 (pp. 81) del Cap III.

⁸⁵⁷ Párrafo 2: “Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante Interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”.

han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio”⁸⁵⁸.

Al año siguiente, y ya dentro del marco de hechos que pueden ser constitutivos de crímenes contra la humanidad, se aprueba el **Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950**⁸⁵⁹, que alberga un reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar limitada a los nacionales del Estado en cuestión. En efecto, el artículo 9 recoge la obligación que pesa sobre el Estado de llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento por la comisión de crímenes

⁸⁵⁸ Lo cual puede interpretarse como un seguro contra el rechazo de la aplicación directa del derecho internacional. Véase el artículo 49 del I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que coreen los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el artículo 50 del II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el artículo 129 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos de 1949. A julio de 2013, el número de Estados Parte en estos Convenios asciende a 195, con la última incorporación de Sudán del Sur en enero de 2013. Fuente: Comisión Internacional de la Cruz Roja. Véase también el Anexo 1. Mapa de Estados Parte a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, elaborado por la CICR en 2011. Nótese que ninguna de las reservas realizadas a los Convenios de Ginebra afectan a los artículos reguladores del *aut dedere aut judicare*. Véase, para más detalles, Amnesty Internacional, *International Law Commission: the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, IOR 40(001/2009, 2009, pp. 60 y 61. Se cita la versión inglesa de este informe porque este apartado en particular no ha sido traducido para formar parte de la versión española, anteriormente citada. Para profundizar sobre los modos de implementación de estas y otras cláusulas contenidas en los Convenios véase VAN ELST, R., “Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, pp. 815-854. Es preciso subrayar aquí también que tal y como ha puesto de manifiesto el Comité Internacional de la Cruz Roja, no existe, por el momento, una práctica uniforme en relación a la exigencia de un elemento de conexión entre el Estado que lleva a cabo el enjuiciamiento y el hecho enjuiciado en virtud del principio de jurisdicción universal. Ni siquiera puede afirmarse que tal consenso exista en el ámbito de la jurisprudencia internacional, lo cual se desprende de la división de opiniones manifestadas por los jueces en opiniones separadas en el caso de la Orden de Arresto (Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002). Consúltase la base de datos de la Comisión Internacional de la Cruz Roja cuyo esclarecedor análisis de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario será uno de los documentos “estrella” en el análisis que se procederá a efectuar en el segundo apartado de este capítulo. Así, la norma 157: “Jurisdicción sobre Crímenes de Guerra”, sugiere la vigencia del principio de jurisdicción universal sobre la obligación de extraditar o juzgar, sobre la base de que la presencia en el territorio no es una exigencia de los Convenios de Ginebra, a pesar de que algunos Estados lo hayan regulado y aplicado así: “Practice is not uniform with respect to whether the principle of universal jurisdiction requires a particular link to the prosecuting State. The requirement that some connection exist between the accused and the prosecuting State, in particular that the accused be present in the territory or has fallen into the hands of the prosecuting State, is reflected in the military manuals, legislation and case-law of many States. There is also legislation and case-law, however, that does not require such a link. The Geneva Conventions do not require such a link either”.

⁸⁵⁹ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Nueva York, 21 de marzo de 1950, 96 UNTS 316. Este Convenio entró en vigor el 25 de julio de 1951 y cuenta en estos momentos con 82 Estados Parte.

tipificados en este Convenio tras haber rechazado, en virtud del principio de no extradición de nacionales, la solicitud de extradición por parte de otro Estado⁸⁶⁰.

Más de veinte años después, los Convenios de Ginebra se vieron completados por el **Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 (Protocolo I)**, que incorpora la obligación de extraditar o juzgar por remisión a la articulación de la misma en los cuatro Convenios de Ginebra⁸⁶¹.

En 1999, se da otro importante paso en el ámbito de la lucha contra la impunidad en relación a los crímenes de guerra consistentes en la destrucción de bienes culturales durante los conflictos armados a través de la aprobación del **Segundo Protocolo de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado** de 1954⁸⁶², que reconoce, en el artículo 17.1 la cláusula alternativa⁸⁶³. Más adelante, en el artículo 20, excluye, de entre los motivos de denegación de la extradición,

⁸⁶⁰ Artículo 9: “En los Estados cuya legislación no admita la extradición de nacionales, los nacionales que hubieren regresado a su propio Estado después de haber cometido en el extranjero cualquiera de las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 del presente Convenio, serán enjuiciados y castigados por los tribunales de su propio Estado. No se aplicará esta disposición cuando, en casos análogos entre las Partes en el presente Convenio, no pueda concederse la extradición de un extranjero”. La única reserva realizada al artículo 9 ha sido efectuada por parte de Finlandia que se reservó el derecho a decidir si sus ciudadanos serían o no enjuiciados por un crimen perpetrado fuera del territorio de su Estado: “Finland reserves itself the right to leave the decision whether its citizens will or will not be prosecuted for a crime committed abroad to Finland’s competent authority”.

⁸⁶¹ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I), 8 junio 1977, 125 UNTS 3, artículo 85.1: “Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”. Este Protocolo, que refuerza la protección que se confiere a las víctimas de los conflictos internacionales, cuenta con 173 Estados Miembros (a fecha de 30 de mayo de 2013) y ninguna de las reservas o declaraciones realizadas por los Estados Parte afectan en modo alguno a este artículo.

⁸⁶² Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. La Haya, 26 de marzo de 1999. Este Protocolo entró en vigor el 9 de marzo de 2004 y en la actualidad ha sido ratificado por 64 Estados.

⁸⁶³ Artículo 17.1: “La Parte en cuyo territorio se comprobare la presencia del presunto autor de una de las infracciones enunciadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 15, si no extradita a esa persona, someterá su caso sin excepción alguna ni tardanza excesiva a las autoridades competentes para que la procesen con arreglo a un procedimiento conforme a su derecho nacional o, si procede, a las normas pertinentes del derecho internacional”.

el argumento de que se trata de un delito político, en tanto que el ámbito de aplicación de este Protocolo son los crímenes de guerra⁸⁶⁴.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984⁸⁶⁵ incorporó la cláusula *aut dedere aut judicare* como mecanismo procesal destinado a evitar que aquellos presuntos responsables de delitos de tortura quedaran impunes. Hace esto de forma reiterativa a lo largo de los artículos 5, 6 y 7 en los que, utilizando distintas construcciones gramaticales viene a articular tres veces la obligación que tiene el Estado que halle en su territorio al presunto responsable, de garantizar que el mismo responda ante la ley, bien sea mediante la extradición a un Estado que lo haya solicitado y tenga jurisdicción para ello, bien sea mediante el enjuiciamiento directo por parte del Estado requerido⁸⁶⁶.

El mercenarismo, a pesar de no estar incluido ni en el Estatuto de Roma ni en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad, sí puede ser considerado como subsumido en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Sin

⁸⁶⁴ Este artículo también se refiere expresamente a las limitaciones que impone, en la regulación de la extradición, el respeto a los estándares internacionales de derechos humanos. Artículo 20.2: “Ninguna disposición del presente Protocolo se interpretará en el sentido de que imponga una obligación de extraditar o de prestar asistencia judicial recíproca, si la Parte requerida tiene motivos fundados para creer que la petición de extradición por las infracciones indicadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 15 o la petición de asistencia judicial recíproca en relación con las infracciones del Artículo 15 se han formulado con el fin de procesar o sancionar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas, o que el hecho de acceder a la petición podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos”.

⁸⁶⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, 1465 UNTS 85. A 27 de junio de 2013, los Estados Parte en esta Convención suman 153.

⁸⁶⁶ Artículo 5.2: “Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”; Artículo 6.1 y 6.2: “1. Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. 2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos”; y artículo 7.1: “1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”. La única matización hallada entre las reservas y objeciones a esta Convención pertenecen a Tailandia que sostiene que el artículo 5 será interpretado de acuerdo con el Código Penal Tailandés. Véase su interpretación declarativa en la base de datos de Tratados de las Naciones Unidas. También conviene destacar la declaración de los Estados Unidos que aunque no abordan las cuestiones procesales en sentido estricto, condiciona su ratificación a que los artículos 1-16 del Convenio no tengan aplicación directa. *Id.*

embargo, y a pesar del “aumento significativo de los contratistas militares privados desde los años 90 hasta hoy⁸⁶⁷”, el problema principal al que se enfrenta la comunidad internacional en relación a los crímenes que estos cometen es el de la impunidad⁸⁶⁸. Tras la Segunda Guerra Mundial, y como respuesta a las demandas africanas de prohibir estas fuerzas que tan sangrientamente habían participado en la contención de los procesos de descolonización, se adopta en 1989 la **Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios**, cuyos artículos 9 y 12 reconocen la obligación de extraditar o juzgar a los presuntos mercenarios que cometan violaciones de derechos humanos en el marco de un conflicto armado⁸⁶⁹.

La magnitud del problema de la trata de personas y la explotación sexual de adultos y niños ha dado lugar a una proliferación de instrumentos convencionales internacionales dirigidos a buscar una mayor coordinación en la lucha contra este fenómeno⁸⁷⁰. Así, tras el primer paso dado por la Convención de 1950, han sido numerosos los instrumentos

⁸⁶⁷ ALMQVIST, J., “Contratistas militares privados” en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, pp. 98.

⁸⁶⁸ *Id.*, pp. 99: Esta autora, tras aclarar que no se trata de un problema de falta de criminalización en el derecho, nacional e internacional, de los actos cometidos por los contratistas, afirma que “La dificultad principal está relacionada con el estatus de los contratistas en el marco de un conflicto armado. Estamos acostumbrados, y el Derecho Internacional Humanitario nos obliga, a clasificar a las personas que están involucradas o afectadas por un conflicto atribuyéndoles derechos y obligaciones. Aunque unos contratistas ofrecen servicios de combate, asistencia técnica, y seguridad de objetos y personas militares, nos paramos antes de equipararles con un soldado. Además, a pesar del hecho de que no tienen uniformes y no están necesariamente integrados en las fuerzas regulares, también nos tenemos que parar un momento y reflexionar sobre si podemos simplemente considerarlos como civiles. Si no lo son, nos queda la opción de denominarles mercenarios. ¿Son mercenarios?”. El tema, que merece ser estudiado separadamente y en profundidad, ha sido extensamente abordado por la doctrina. Véase, entre otros, KWAKWA, E., “The Current Status of Mercenaries in the Law of Armed Conflict”, *HASTINGS INT’L & COMP. L. Rev.*, vol. 14, 1990, p. 67; GREEN, L.C., “The Status of Mercenaries in International Law”, *MANITOBA L. J.*, vol. 9, 1979, p. 201; MAJOR, M.F., “Mercenaries and International Law”, *GA.J.INT’L & COMP.L.*, vol. 22, 1992, p. 103; “Overcoming Post-Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies”, *MIL.L.REV.*, vol. 176, núm. 1, 2003. Entre los avances más recientes en esta cuestión cabe destacar el documento elaborado entre la Cruz Roja y expertos de 16 países afectados por este tema: Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict, Montreux, 17 septiembre 2008.

⁸⁶⁹ A pesar de que la obligación está recogida en términos explícitos, la baja participación en el Tratado limitan el alcance de este instrumento. A fecha de 2 de julio de 2013 solo 32 Estados han ratificado en Convenio, de los cuales ninguno ha hecho reservas o declaraciones en relación a los artículos que desarrollan la obligación de extraditar o juzgar.

⁸⁷⁰ La potencial calificación de estos actos como crímenes de lesa humanidad ha sido ya abordada en el Capítulo II de esta tesis, al que me remito en este punto.

internacionales que han abordado estas cuestiones, tipificando los delitos que los componen y reconociendo, de manera unánime la obligación de extraditar o juzgar como principio procesal que rellene el vacío jurídico que deriva en impunidad. En este sentido, en el año 2002 entraba en vigor el **Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000**, cuyos artículos 4.3 y 5.5. desarrollan un reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar por la que quedan vinculados los Estados firmantes en el caso de hallar en el territorio bajo su jurisdicción a un sospechoso de la comisión de alguno de los delitos comprendidos en el Protocolo⁸⁷¹.

En esta misma línea, debe citarse la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000**⁸⁷². La incorporación de esta cláusula a esta Convención, tiene una importante repercusión en el análisis que aquí nos compete hacer, no solo por el gran número de Estados Parte sino también porque se trata de un instrumento que prohíbe y establece una regulación internacional que impide que actos que puedan ser constitutivos de crímenes internacionales en sentido estricto (en tanto que crímenes contra la humanidad), queden impunes.

En el año 2006 se aprueba por fin un instrumento internacional exclusivamente dedicado a la prevención y el castigo de una de las formas de violación de derechos humanos más graves y, por desgracia, más frecuentes del siglo XX y XXI: la

⁸⁷¹ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000, aprobado el 25 de mayo de 2000 por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/54/263. Entrada en vigor el 18 de enero de 2002. Artículo 4.3: “Todo Estado Parte adoptará también las disposiciones que sean necesarias para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos antes señalados cuando el presunto delincuente sea hallado en su territorio y no sea extraditado a otro Estado Parte en razón de haber sido cometido el delito por uno de sus nacionales”; artículo 5.5: “Si se presenta una solicitud de extradición respecto de uno de los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 y el Estado requerido no la concede o no desea concederla en razón de la nacionalidad del autor del delito, ese Estado adoptará las medidas que correspondan para someter el caso a sus autoridades competentes a los efectos de su enjuiciamiento”. A fecha de 28/06/2013, hay 163 Estados que son parte en este Protocolo.

⁸⁷² Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, aprobada el 15 de noviembre de 2000 por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/55/25. La referida obligación puede encontrarse desarrollada en términos exhaustivos que van desde la obligación del estado de establecer las medidas oportunas para garantizar el cumplimiento de la obligación hasta el enunciado de la obligación alternativa que tiene el Estado en cuyo territorio se halle el presunto autor de uno de los crímenes regulados, en términos explícitos en los artículos 15.3, 15.4, 16.9 y 16.10. Ha sido, a fecha de 30 de junio de 2013, ratificado por 176 Estados. Las reservas más importantes entre los Estados parte son las de Myanmar, que afirma que no se considera vinculado por las disposiciones recogidas en el artículo 16 relativos a la extradición y los Estados Unidos, que se reserva el derecho a asumir las obligaciones derivadas del Convenio de una manera coherente y respetuosa de los principios fundamentales del federalismo.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006⁸⁷³. La cláusula *aut dedere aut judicare* se articula en esta Convención a lo largo de cuatro artículos diferentes, en el marco del reconocimiento de la preexistencia de una regulación en este sentido en el ámbito del derecho internacional:

“Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido”⁸⁷⁴.

Por último, es imprescindible hacer alusión a dos grupos de convenios que, aunque no puedan ser subsumidos en este momento en la categoría de crímenes internacionales en sentido estricto, merecen, por su gravedad y su potencial calificación como tales, ser mencionados aquí.

Por un lado, hallamos los instrumentos internacionales sobre terrorismo. Si bien es cierto que la imposibilidad de llegar a un consenso sobre la definición de este tipo determinó que el mismo no fuera incluido entre los crímenes de competencia de la CPI⁸⁷⁵, es posible afirmar que la cláusula *aut dedere aut judicare* ha estado presente en

⁸⁷³ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006, UN Doc. A/61/488. A 1 de julio de 2013, esta Convención ha sido ratificada por tan solo 39 Estados, de los cuales ninguno ha hecho declaraciones o reservas en relación a los artículos reguladores de la obligación de extraditar en el texto.

⁸⁷⁴ Artículo 9.2 de la Convención. Para ver el cuadro completo de la regulación de esta cláusula en la Convención, consúltense también los artículos 10.1: “Cada Estado Parte en cuyo territorio se encuentre una persona de la que se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales necesarias para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de asegurar su presencia en el marco de un procedimiento penal, de entrega o de extradición”; 11.1: “El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si no procede a su extradición, o a su entrega a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o a su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal”; y 11.2: “Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito común de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 9, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 9”.

⁸⁷⁵ Para profundizar en la evolución del concepto de terrorismo y de los mecanismos internacionales para garantizar su enjuiciamiento véase BIANCHI, A., *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, ed. Oxford, Hart Publishing, (2004), CASSESE, A., “Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law”, *European Journal of International Law* Vol. 12, núm. 5, 2001, p. 993-

la regulación de la prevención y castigo de este delito desde que el mismo se empezó a configurar como tal⁸⁷⁶. En el plano internacional, esta obligación alternativa puede hallarse en la gran mayoría de los numerosos instrumentos internacionales que han abordado este tema⁸⁷⁷.

Por otro lado, un artículo publicado recientemente en el periódico “The Guardian” y firmado por el conocido académico y juez internacional Geoffrey Robertson, alerta sobre el posible surgimiento de una nueva categoría de crímenes internacionales conectada con la amenaza nuclear⁸⁷⁸.

Así, a la luz de lo que parece perfilarse como una tendencia hacia la calificación de la amenaza del uso de armas nucleares como un crimen de lesa humanidad, resulta pertinente traer a colación la inclusión del *aut dedere aut judicare* en algunos de los instrumentos que han abordado esta cuestión⁸⁷⁹. En relación a la cuestión nuclear en sentido estricto, la **Convención sobre la protección física de los materiales nucleares**

1001; MAURO VEGA, J., Medidas para la eliminación del terrorismo internacional, Análisis normativo del Accionar de las Naciones Unidas Post 11-S, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, 2005.

⁸⁷⁶ Véase, entre otros, COSTELLO, D., “International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*”, *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10, 1975, p. 483.

⁸⁷⁷ Siguiendo un orden cronológico: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 (Convenio de la Haya), artículos 4.2, 6.1, 6.2 y 7; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal), artículos 5.2, 6.1, 6.2 y 7; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil de 1988, complementario al Convenio de Montreal, artículo III; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973, artículos 3.2 y 6.1; Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979, artículo 5.2, 6.1 y 8.1; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988, artículo 6.4, 7.1, 7.2 y 10.1; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988, artículo 3.4; Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas y el personal asociado de 1994, artículos 10.4, 13.1 y 14; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, artículos 7.4, 9.1, 9.2 y 10.1 y el Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional de 2010, artículos 8.3 y 10. Fuente: Acciones de las Naciones Unidas contra el terrorismo, Naciones Unidas y International Instruments related to the Suppression of International Terrorism, Naciones Unidas, 2008.

⁸⁷⁸ ROBERTSON, G., “The UN should put North Korea in the dock at the Hague”, *The Guardian*, 7 de abril 2013: “There are two ways the security council can proceed (in respect of North Korea’s nuclear threat). (...) treat North Korea’s threat of nuclear war as a crime against humanity, and to refer its behaviour to the international criminal court prosecutor for investigation and potential indictment of Kim Jong-un and his generals”.

⁸⁷⁹ En realidad, la orientación fundamentalmente interestatal de los tratados internacionales que han surgido para frenar la carrera armamentística nuclear y los riesgos derivados de la misma explica que la responsabilidad penal individual y por ende, la escasa inclusión de disposiciones tendentes a garantizar enjuiciamientos como la cláusula objeto de estudio. Consúltase, para profundizar sobre este tema, la página web de la Oficina de Naciones Unidas para cuestiones de Desarme.

de 1980 recoge esta cláusula en los artículos 9.4, 10.1, 10.2 y 11.1, mientras que el **Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005**, incorpora la obligación alternativa en los artículos 9.4, 10.1, 10.2 y 11.1, en un instrumento que combina las dos cuestiones referidas: el terrorismo y la amenaza nuclear.

Una vez analizados los instrumentos convencionales internacionales que cumplen con los requisitos enunciados al principio de este apartado, es conveniente referirse a una serie de tratados y convenciones que, a pesar de no poder ser estrictamente subsumibles en esta categoría, resultan trascendentes de cara a determinar la presencia de la cláusula en el derecho convencional⁸⁸⁰. En primer lugar, es necesario aludir a la **Convención**

⁸⁸⁰ A pesar de su menor relevancia práctica, conviene referirse aquí también al Tratado Modelo de Extradición de 1990 aprobado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Tratado Modelo de Extradición de la Naciones Unidas, aprobado en la 68ª sesión plenaria de la Asamblea General, A/RES/45/116 de 14 de diciembre de 1990). No estamos aquí ante un tratado internacional regulador de un crimen internacional en particular sino que nos encontramos ante un documento que, describiendo como telón de fondo el aumento de la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de estupefacientes y el terrorismo, “invita a los Estados Miembros que no hayan establecido aún relaciones convencionales existentes a que, cuando quiera que establezcan o revisen esas relaciones, tengan en cuenta el Tratado modelo de extradición”. A pesar de que su aportación en relación a los más graves crímenes internacionales es relativa, en tanto que viene a proponer un modelo de Tratado de Extradición “general”, en el que puedan fijarse los Estados para establecer relaciones de cooperación penal para todo tipo de delitos, siempre y cuando “se castiguen con pena de encarcelamiento u otra pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de (uno/dos) año(s) por lo menos, bien con pena más grave” (artículo 2), el reconocimiento explícito que en el artículo 4 se hace de la obligación de extraditar o juzgar es lo suficientemente significativo como para merecer una mención especial aquí. Así, el artículo 4, al regular los motivos para denegar facultativamente la extradición, reconoce expresamente la vigencia de esta obligación alternativa en 3 de los 8 apartados que lo componen: “a. Si la persona cuya extradición se solicita es nacional del Estado requerido. Cuando la extradición se deniegue por ese motivo, el Estado requerido someterá el caso a sus autoridades competentes, si el otro Estado lo solicita, con miras a que se emprendan las actuaciones pertinentes contra la persona por el delito por el que se haya solicitado la extradición; d) Si el delito por el que se solicita la extradición está castigado con la pena de muerte en la legislación del Estado requirente, a menos que ese Estado garantice suficientemente, a juicio del Estado requerido, que no se impondrá la pena de muerte, y que si se impone, no será ejecutada. (En este caso, la incorporación del *aut dedere aut judicare* ha tenido lugar de manera posterior, mediante una modificación realizada por la Asamblea General a través de la Resolución 52/88. Cooperación internacional en asuntos penales (A/RES/52/88) de 4 de febrero de 1998, en cuyo anexo, y en relación al artículo 4 del Tratado Modelo de Extradición se puede leer lo siguiente: “Añádanse al inciso d) las mismas disposiciones *aut dedere aut judicare* que figuran en los incisos a) y f).”) y “f) Si, de conformidad con la ley del Estado requerido, el delito por el que se solicita la extradición se ha cometido en todo o en parte dentro de ese Estado. Cuando la extradición se deniegue por ese motivo, el Estado requerido someterá el caso a sus autoridades competentes, si el otro Estado lo solicita, con miras a que se emprendan las actuaciones pertinentes contra la persona por el delito por el que se haya solicitado la extradición”. No obstante, la presencia del *aut dedere aut judicare* y su naturaleza inspiradora de la regulación de la figura de extradición en el seno de las Naciones Unidas puede inferirse también de la lectura de otros apartados de este mismo artículo, como el b) o el c). Con todo, la verdadera evaluación del efecto de este instrumento, debe realizarse a la luz del contenido de los tratados bilaterales entre Estados, y de la incorporación que, siguiendo este modelo, éstos hagan del *aut dedere aut judicare* en sus textos. Se pueden destacar, entre los estudios que han abordado con mayor profundidad el análisis de este instrumento, los siguientes: CLARK, R.S., “Crime: The UN Agenda on International Co-operation in the Criminal Process”, Nova LR, vol. 15, p. 474 y HARRINGTON, J., “Human Rights Exceptions to Extradition. Moving Beyond

sobre la No Aplicabilidad de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad de 1968.

A primera vista, este instrumento se perfilaba como potencialmente influyente en la consolidación de la obligación de extraditar o juzgar, en tanto que apuntala uno de los cimientos sobre los que se fundamenta la misma (la lucha contra la impunidad a través del reconocimiento de la imprescriptibilidad de los más graves crímenes internacionales), pero el bajo índice de participación lo ha relegado a una posición cuasi-anecdótica.

La Convención fue aprobada el 26 de noviembre de 1968 y entró en vigor en 1970⁸⁸¹. El efecto de esta Convención sobre el Derecho Internacional ha sido limitado porque solo ha sido ratificada por 54 Estados, entre los cuales solo puede contarse una de las cuatro potencias del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, la Unión Soviética. Siguiendo este ejemplo, en Europa, los esfuerzos por positivizar la imprescriptibilidad de los más graves crímenes internacionales dieron lugar, en 1974, a la Convención Europea sobre la No Aplicabilidad de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad, que tuvo una menor acogida si cabe, ya que fue solamente ratificada por unos cuantos Estados miembros del Consejo de Europa⁸⁸².

Risks of Torture and Ill-treatment”. (extracto de un “Background paper” que la autora comparte en la siguiente dirección: <http://www.isrcl.org/Papers/Harrington.pdf>). Harrington es bastante crítica con la propuesta de Naciones Unidas ya que tras desarrollar una serie de principios y estándares que deben guiar la extradición, los vacía de contenido al incorporar sendas notas al pie que flexibilizan la obligatoriedad de estos estándares y permiten a los Estados tomar la decisión de adoptarlos o no “à la carte” (pp. 4). Así, destaca la autora, pp. 6, 10 y 11: “Only a footnote suggests that states may wish to exempt from the political offence exception any offenses where an aut dedere aut judicare obligation has been assumed under an international convention, or where the parties have agreed the offence is not political for the purposes of extradition. (...) Or take the political offence exception, which timidly avoids stating that crimes such as genocide are not political for the purposes of extradition, even though this issue was decided long ago by the Genocide Convention”. La permisividad con la que el Tratado regula, por ejemplo, la excepción de delito político, no puede ser analizada aquí desde el prisma de los crímenes internacionales que nos ocupan ya que este Tratado, como se ha indicado, está pensado para servir de “formulario o modelo” en la cooperación penal entre Estados para delitos mucho menos graves.

⁸⁸¹ Naciones Unidas, Convención sobre la No Aplicabilidad de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad de 26 de noviembre de 1968. Consultada el 26/06/2013, fecha en la cual contaba con 54 adhesiones y 9 Estados signatarios.

⁸⁸² Esta convención, es importante notar, incluía solamente los crímenes de guerra y el genocidio entre los crímenes imprescriptibles y ha sido ratificada únicamente por 3 Estados: Los Países Bajos, Rumanía y Bélgica, por orden cronológico. Además, se aparta de la distinción entre los tipos de genocidio y crímenes contra la humanidad ya establecida a nivel internacional al equiparar los dos crímenes. Véase Council of Europe, European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes Against Humanity and War Crimes, Strasbourg, 25.1.1974, Strasbourg, 1999.

7.1.2.2. Instrumentos regionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que incorporen la cláusula *aut dedere aut judicare*

Siguiendo la estructura marcada por los criterios apuntados en el apartado anterior, en éste se presentarán los resultados del examen de la presencia de obligación de extraditar o juzgar en los tratados o convenios de carácter regional⁸⁸³. Para ello las zonas de estudio se dividirán en los siguientes grupos: Europa, América Latina, África y Mundo Árabe.

7.1.2.2.1. Europa

En el ámbito europeo, y más precisamente en el marco del Consejo de Europa, son varios los convenios que cumplen con los requisitos referidos. Entre ellos encontramos el **Convenio Europeo de Extradición de 1957**⁸⁸⁴ y sus Protocolos Adicionales. De entre estos Protocolos, a los efectos de este trabajo, es imprescindible destacar el **Protocolo Adicional I al Convenio Europeo de Extradición de 1975** que, entre otras cosas, reconoce expresamente que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra no pueden, en ningún caso, ser considerados delitos políticos a efectos de denegación de una solicitud de extradición⁸⁸⁵. Evidentemente, todos estos instrumentos

⁸⁸³ Para una exhaustiva reflexión sobre el rol de los instrumentos y sistemas regionales de protección de los derechos humanos véase SARKIN, J., *The Role of Regional Systems in Enforcing State Human Rights Compliance*, *Interamerican and European Human Rights Journal*, núm 1, 2008, p. 209.

⁸⁸⁴ Reconoce la obligación de enjuiciar en caso de que deniegue la extradición por motivo de nacionalidad (artículo 6.2). A fecha de 2 de julio de 2013, ha sido ratificado por 50 Estados, de los cuales tres no son formen parte del Consejo de Europa: Israel, Corea y Sudáfrica. De entre los firmantes, son varios los que manifiestan expresamente en declaraciones la negativa a proceder a la extradición de sus propios nacionales en virtud de este Convenio: Albania, Andorra, Armenia, República de Azerbaiyán, Croacia, Chipre, Estonia, Francia, Georgia (que se reserva el derecho de decidir sobre la extradición en base al principio de reciprocidad), Alemania, Grecia, Hungría (que puede llegar a concederla con condiciones en caso de doble nacionalidad), Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Montenegro, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, San Marino, Macedonia, Ucrania. La declaración hecha por España en relación al artículo 6, se limita a especificar que a los efectos de este artículo se considerarán nacionales aquellas personas que tengan derecho a esta consideración de conformidad con el Título I del Libro I del Código Civil español.

⁸⁸⁵ Este Protocolo, que complementa al Convenio, ha sido ratificado a fecha de 2 de julio de 2013 por 39 Estados. Sudáfrica y Corea se erigen como los dos únicos Estados firmantes que no forman parte del Consejo de Europa. Israel, en este caso, por motivos más que evidentes, se abstiene de firmar. Entre las reservas más llamativas, conviene destacar la declaración de Dinamarca, que afirma no aceptar el Capítulo I del Protocolo (donde se desarrolla la imposibilidad de considerar a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad como delitos políticos a efectos de denegar la extradición). En este mismo

pierden protagonismo con la aprobación de la Orden Europea de Detención y Entrega, analizada en el capítulo I, ya que tal y como se desprende del artículo 31 de la Decisión Marco, desde el 1 de enero de 2004, las disposiciones del Convenio de Extradición serán sustituidas por aquellas contenidas en la Decisión Marco, y serán éstas las que rijan las relaciones entre los Estados de la Unión Europea (sin perjuicio de que estos instrumentos sigan estando vigentes en un contexto más amplio). El **Protocolo Adicional II al Convenio Europeo de Extradición de 1978** también contiene elementos interesantes a efectos de la reconstrucción histórica de la obligación de extraditar o juzgar. Un ejemplo de ello es el reconocimiento de las sentencias *in absentia* (artículo 3) siempre que respeten los derechos de defensa y la activación de la obligación de extraditar o juzgar en los casos en los que la persona objeto del proceso se oponga a la extradición hacen de las 42 ratificaciones un interesante dato a tener en cuenta⁸⁸⁶. También llama la atención la validación expresa y sin condiciones que se hace de las amnistías a través de la prohibición de la extradición en estos casos. (artículo 4)⁸⁸⁷.

Por otro lado, el **Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos Penales de 1972** se presenta como un tratado desestabilizador en el sentido de que, en aras de la lucha contra la impunidad mediante el fortalecimiento de la cooperación penal y la evitación de conflictos de jurisdicción, recoge una variante del *aut dedere aut judicare* que no goza de carácter obligatorio. Así, en virtud de este Convenio, todo Estado contratante *puede pedir* a otro Estado contratante que instruya en su lugar un procedimiento contra un sospechoso, en atención a determinados vínculos, relación o

sentido, Georgia, Hungría, Islandia, Malta, Países Bajos (en un alarde casi ridículo de su soberanía nacional: “Although Dutch legislation is fully in accordance with Article 1 (opening words and a. and b.) and does not contain any provisions, contrary to Article 1 (opening words and c.) in the case of acts committed during an international armed conflict, the Government of the Kingdom of the Netherlands wishes to reserve for itself the right to refuse extradition in cases of violations of laws and customs of war which have been committed during a non-international armed conflict”), Noruega, Suecia y Ucrania. Rusia declara que la lista de delitos a los que se considera inaplicable la excepción del delito político no es exhaustiva. Los Protocolos Adicionales III y IV no aportan información acerca del desarrollo del principio que nos ocupa. El Protocolo III, de 2010, se limita a establecer normas dirigidas a simplificar el procedimiento de extradición cuando se cuenta con el consentimiento de la persona objeto de extradición. El IV, de 2012, busca adaptar el Convenio a las necesidades actuales. Incide en el principio de legalidad, en la regla de especialidad y regula cuestiones documentales, de tránsito y de canales y medios de comunicación.

⁸⁸⁶ Ratificaciones a fecha de 3 de julio de 2013. Entre los Estados que no forman parte del Consejo Europeo, Israel vuelve a quedarse fuera.

⁸⁸⁷ Solo el Reino Unido declara no aceptar los capítulos III y IV del Convenio.

situación que mantiene con este Estado, o por tener mayores facilidades para su tramitación⁸⁸⁸. El Convenio no se pronuncia sobre la consecuencias derivadas de no ejercitar esta opción o sobre la vigencia del *aut dedere aut judicare* por lo que, aunque resulta interesante en tanto que abre la puerta hacia otra forma de ejercicio de la obligación alternativa, la contribución en relación a la naturaleza jurídica de la concreta cláusula que nos ocupa es bastante limitada.

Se ha hecho ya referencia en el capítulo V al hecho de que los delitos contra el medioambiente también pueden ser constitutivos de crímenes de lesa humanidad. De ahí la importancia de que **Convenio del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1998, sobre la Protección del Medioambiente, a través del Derecho Penal** incluya la obligación de extraditar o juzgar que tienen los Estados parte en relación a los presuntos responsables de estos actos. Probablemente ha sido esta valentía a la hora de enfrentarse a la impunidad que continúa siendo una característica inherente a los delitos medioambientales lo que explica que Estonia sea el único país que ha ratificado este Convenio⁸⁸⁹.

En cuanto al marco jurídico convencional que, en el ámbito regional europeo, ofrece una protección contra los delitos relacionados con el tráfico de seres humanos y la esclavitud, cabe referirse al **Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005**⁸⁹⁰ y al **Convenio del Consejo de Europa para la**

⁸⁸⁸ Artículos 6, 7 y 8 del Convenio, que hasta ahora (3/07/2013) ha sido ratificado por 25 Estados.

⁸⁸⁹ Convenio del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1998, sobre la protección del medioambiente, a través del Derecho penal. Situación a fecha de 03/07/2013.

⁸⁹⁰ Artículo 31.3: “Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre las infracciones a que se refiere el presente Convenio, en los casos en que el presunto autor de la infracción se encuentre presente en el territorio y no sea extraditable a otra Parte, únicamente en razón de su nacionalidad, después de una solicitud de extradición”. La excepción de la nacionalidad recogida aquí tiene una eficacia relativa ya que quedaría desactivada en caso de que el hecho subsumible en el tipo “tráfico de personas” pudiera ser constitutivo de crimen contra la humanidad, tal y como se ha sido constatado por los instrumentos convencionales analizados y se verá en el . A fecha de 2 de julio de 2013, ha sido ratificada por 40 Estados. En cuanto a las objeciones o declaraciones hechas por los Estados, dejando de lado las referencias al requisito de doble incriminación para proceder al enjuiciamiento en el marco de la obligación alternativa (manifestada por Francia, Finlandia,) y las exclusiones de la aplicación del Tratado por parte de algunos Estados respecto a otros Estados concretos (véase declaración de Azerbaiyán con respecto a Armenia), solo Latvia, Portugal, Macedonia y el Reino Unido se reservan el derecho a decidir sobre el enjuiciamiento de d) nacionales o apátridas residentes en su territorio si el delito puede ser castigado conforme al derecho penal del lugar en el que se cometió o si el delito se cometió en un territorio que no estaba bajo la jurisdicción de ningún Estado y e) de sus nacionales. Eslovenia y Suiza se reservan el derecho de no aplicar al artículo 31.2.d por no poder garantizar el enjuiciamiento de un apátrida por un delito cometido fuera de su territorio. Suecia incorpora en su declaración una reserva bastante particular que reza como sigue: “In accordance with Article 31, paragraphs 1.e and 2, of the Convention, Sweden declares that it reserves the right not to apply or to apply only in specific cases or

protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 2007⁸⁹¹, como instrumentos que contienen esta cláusula.

Los instrumentos que abordan el delito de terrorismo, siguiendo los criterios marcados en el primer apartado, serán tratados de manera muy sucinta. Quede aquí sencillamente anotado que tanto el **Convenio para la Supresión del terrorismo de 1977**⁸⁹², su **Protocolo Suplementario**⁸⁹³ como el **Convenio para la Prevención del Terrorismo de 2005** recogen la obligación alternativa⁸⁹⁴.

En otra línea, los Estados Parte en el Consejo de Europa cuentan con un instrumento equivalente al Convenio sobre Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y de Guerra, pero su baja participación (7 Estados) limita mucho las conclusiones que de él se pueden extraer respecto a la postura de los Estados en relación a un principio (el de la imprescriptibilidad) que indudablemente contribuye a dotar de contenido a la obligación de extraditar o juzgar⁸⁹⁵.

conditions the jurisdiction rules solely on the basis that an offence established in accordance with this Convention is committed against a Swedish national”.

⁸⁹¹ Artículo 25.7: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cuando el presunto autor se halle en su territorio y no pueda ser extraditado a otra Parte por razón de su nacionalidad”. Por consiguiente, la regla *aut dedere aut judicare* se reconoce aquí estrictamente solo cuando la denegación de la extradición se efectúe sobre la base de la no extradición de nacionales. De hecho, el artículo 25.3 reconoce la posibilidad a los Estados de excluir la aplicación de la competencia jurisdiccional que el 25.1.e. le reconoce al Estado en cuyo territorio tenga el presunto responsable su residencia habitual. A fecha de 03/07/2013, hay 27 Estados que han ratificado este instrumento. Las reservas realizadas por los Estados no afectan al citado artículo.

⁸⁹² Aunque la obligación de extraditar o juzgar se recoja en los artículos 6 y 7 y cuente con 46 Estados Parte a fecha de 03/07/2013, la gran cantidad de declaraciones en virtud de las cuales se los Estados se reservan el derecho de decidir sobre el carácter político de un hecho regulado en el Convenio es un reflejo claro del problema definitorio al que se ha aludido.

⁸⁹³ Protocolo suplementario al Convenio para la Supresión del Terrorismo de 1977, ratificado a fecha de 03/07/2012 por 31 Estados.

⁸⁹⁴ Este último, aunque no se ocupa directamente de los actos de terrorismo, sino únicamente de los delitos relacionados con el terrorismo, lleva a cabo este reconocimiento en los artículos 14.3 y 18. establece la obligación de “extraditar o juzgar”.

⁸⁹⁵ Estos Estados son Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Serbia, Rumanía, Países Bajos y Ucrania. Convenio europeo sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 1974. Consultado el 3/07/2013.

7.1.2.2.2. América Latina

A pesar del terremoto diplomático que ha provocado la reciente decisión de Ecuador de otorgar asilo diplomático Julian Assange⁸⁹⁶ y las valoraciones del gobierno boliviano de hacer lo mismo con Edward Snowden⁸⁹⁷, los argumentos que subyacen a esta redefinición de las relaciones internacionales permiten extraer una lectura positiva del compromiso que estos Estados parecen haber adquirido con la defensa de los derechos humanos en el ámbito del proceso de extradición.

Así, de entre los 11 puntos que enumera el Gobierno de la República de Ecuador como razones que fundamentan su Declaración Oficial sobre la solicitud de asilo de Julian Assange, deben subrayarse, en coherencia con la defensa de un *aut dedere aut judicare* cimentado sobre el respeto a los derechos humanos, los siguientes: “5. Que existe la certeza de las autoridades ecuatorianas de que es factible la extradición del señor

⁸⁹⁶Fundador de Wikileaks, organización conocida por haber llevado a cabo una de las mayores filtraciones de documentos confidenciales de la historia, desvelando miles de cables diplomáticos de Estados Unidos, difundidos posteriormente por periódicos de todo el mundo, algunos de los cuales han sido utilizados como fuentes documentales en esta tesis. Assange, cuya extradición fue solicitada por Suecia por un supuesto delito de abuso sexual tras hacer públicos estos documentos, permanece desde junio de 2012 en la Embajada de Ecuador en Londres, país que le ha concedido asilo político sobre la base de que su extradición a Suecia desembocaría en una ulterior extradición a los Estados Unidos, donde corre riesgo de ser torturado e incluso de ser condenado a muerte. En España, la cobertura de los cables desvelados corrió a cargo del El País, a través de un Especial Wikileaks. The Guardian, Der Spiegel, The New York Times, The Washington Post fueron otros de los periódicos que publicaron las filtraciones.

⁸⁹⁷ En el caso de Snowden, que ha copado los titulares de los periódicos al principios del verano de 2013, un ex analista de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) desvela información secreta estadounidense que desvela, entre otras cosas, una red de espionaje masivo a Estados de todo el mundo por parte de los EEUU. La consideración del otorgamiento de asilo por parte de Bolivia ha desatado un grave conflicto diplomático entre el Presidente de este país, Evo Morales y algunos Estados europeos, que sobre la base de sospechas infundadas de que Snowden viajaba con el Presidente en su avión de vuelta de Rusia, donde se encuentra el ex analista, prohibieron, en contravención del derecho internacional que reconoce la inmunidad diplomática de los vuelos oficiales, el paso al Presidente boliviano por su espacio aéreo. Entre los países a los que se les exige responsabilidades encontramos a Francia, Italia, Portugal y Austria, que obligó al Presidente a hacer una parada en Viena donde pudo comprobar que el ex analista no estaba dentro del avión. El Mundo.es, La retención de Morales abre un conflicto diplomática, 3 de julio de 2013. 24horas.mx, Niega Evo Morales haber visto a Snowden en Moscú, 3 de julio 2013. Las acusaciones también afectan a España, a pesar de que el Ministro de Exteriores niega haber dado órdenes de prohibir la entrada del avión oficial al espacio aéreo español. El País, Maragallo no se disculpará con Bolivia: “Nos dijeron que Snowden iba en el avión”, 5 de julio de 2013. Unoticias.uy, Bolivia denuncia violación de tratados internacionales de países europeos, 3 de julio 2013. Sobre las declaraciones de España, véase Publico.es, España autoriza el paso a Morales tras estar 13 horas retenido en Viena, 3 de julio 2013. El 6 de julio, Venezuela decide conceder “asilo humanitario” a Snowden. New York Times, President of Venezuela offers asylum to Snowden, 6 de julio de 2013, ofrecimiento al que se han sumado los Presidentes de Bolivia y de Nicaragua, Publico, “Bolivia, Venezuela y Nicaragua ofrecen asilo a Snowden”, 7 de julio 2013.

Assange a un tercer país fuera de la Unión Europea sin las debidas garantías para su seguridad e integridad personal; 6. Que la evidencia jurídica muestra claramente que, de darse una extradición a los Estados Unidos de América, el señor Assange no tendría un juicio justo, podría ser juzgado por tribunales especiales o militares, y no es inverosímil que se le aplique un trato cruel y degradante, y se le condene a cadena perpetua o a la pena capital, con lo cual no serían respetados sus derechos humanos⁸⁹⁸”.

De todo lo anterior se desprende que todo compromiso convencional que, en ámbito regional adquieran los Estados latinoamericanos para luchar contra los crímenes internacionales referidos, incorporando para ello la obligación alternativa de extraditar o juzgar, representa una importante fuente de análisis de cara a la pregunta que pretende responder este trabajo de investigación.

Partiendo del marco regional regulador de la extradición en términos generales, deben ser mencionados aquí los dos instrumentos más importantes que, sobre esta cuestión, se han aprobado en el seno la Organización de Estados Americanos: el **Segundo Convenio sobre Extradición de Montevideo de 1933** y la **Convención Interamericana sobre extradición de 1981**⁸⁹⁹. Si bien es cierto que estamos aquí ante instrumentos convencionales de cooperación penal en sentido amplio, dirigidos a garantizar el enjuiciamiento de toda clase de delitos (con unos requisitos mínimos)⁹⁰⁰, la inclusión de

⁸⁹⁸ Declaración del Gobierno de la República de Ecuador sobre la solicitud de asilo de Julian Assange. Además, en una declaración tremendamente importante de cara a la determinación de la *opinio iuris* del Estado de Ecuador en relación a un tema directamente relacionado con la naturaleza jurídica de la obligación jurídica que aquí nos ocupa, se afirma lo siguiente: “10. Que, al tenor de varias declaraciones públicas y comunicaciones diplomáticas realizadas por funcionarios de Gran Bretaña, Suecia y Estados Unidos de América, se infiere que dichos gobiernos no respetarían las convenciones y tratados internacionales, y darían prioridad a leyes internas de jerarquía secundaria, contraviniendo normas expresas de aplicación universal”. Se trata de una denuncia y crítica abierta del dualismo como forma de entender las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional, que potencialmente podría manifestarse a través de la inobservancia de tratados internacionales. Esta declaración ha de tenerse en cuenta de cara al segundo apartado de este capítulo en el que se intentará dilucidar cuál es la práctica y la *opinio iuris* de los Estados en relación a la obligación de extraditar o juzgar, cuestión, que como se verá, se encuentra estrechamente relacionada con la defensa de una postura monista o dualista. Véase, sobre esta cuestión, uno de los últimos trabajos del Profesor Cassese. CASSESE, A., “Towards a Moderate Monism: Could International Rules Eventually Acquire the Force to Invalidate Inconsistent National Laws?”, en *Realizing Utopia. The Future of International Law*, ed. CASSESE, A., Oxford University Press, 2012, pp. 187.

⁸⁹⁹ A fecha de 5 de julio de 2013, el primero ha sido ratificado por 18 Estados (datos extraídos de la página oficial de la red iberoamericana de cooperación jurídica internacional, Disponible aquí.), y el segundo por 6 Estados (Datos extraídos de la página oficial de la Organización de Estados Americanos, www.oas.org)

⁹⁰⁰ Lo cual, como hemos visto ya en otros Convenios de Extradición confeccionados para abordar la cooperación penal entre Estados para todo tipo de delitos, cuenta con limitaciones propias de la menor gravedad de los delitos para cuya extradición se puede aplicar como la no extradición por delitos

la obligación alternativa en ambos tratados no debe ser subestimada ya que sirve de modelo para su articulación en convenios regionales reguladores de graves crímenes internacionales aprobados con carácter posterior⁹⁰¹.

Entrando ya en el estudio de los instrumentos que, en un contexto latinoamericano, se han promulgado para garantizar el enjuiciamiento de los crímenes internacionales en sentido estricto, podemos destacar, la **Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985**⁹⁰², la **Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994**⁹⁰³ y la **Convención Interamericana sobre**

políticos, excepción que, tal y como se ha analizado, no es aplicable a los crímenes internacionales en sentido estricto. Véase el artículo 4 de la Convención Interamericana de Extradición de 1981. En el caso del Convenio de 1933, se incorpora al final, como una cláusula opcional la siguiente: 23-C: “Los Estados signatarios de esta cláusula, no obstante lo establecido por el art. 2 de la Convención sobre Extradición que antecede, convienen entre sí que en ningún caso la nacionalidad del reo pueda impedir la extradición”.

⁹⁰¹ Artículo 8 de la Convención de 1981: “Cuando correspondiendo la extradición, un Estado no entregare a la persona reclamada, el Estado requerido queda obligado, cuando su legislación u otros tratados se lo permitan, a juzgarla por el delito que se le impute, de igual manera que si éste hubiera sido cometido en su territorio, y deberá comunicar al Estado requirente la sentencia que se dicte.” Artículo 2 del Convenio sobre extradición de Montevideo de 1933: “Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega ésta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido. Si no entregare al individuo, el Estado requerido, queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, si en el concurren las condiciones establecidas por el inciso b) del artículo anterior, y a comunicar al Estado requirente la sentencia que recaiga”. Resulta llamativo y requeriría un análisis en mayor profundidad, dado el alcance material del presente trabajo, que en este último instrumento el artículo 3 reconozca que el “Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición e) cuando se trate de un delito político o de los que le son conexos. (...); f) cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión”.

⁹⁰² Artículo 12: “(...)Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo de conformidad con el artículo 11 (...)”. Artículo 14: “Cuando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición”. A fecha de 5 de julio de 2013, ha sido ratificada por 18 Estados que forman parte de la Organización de Estados Americanos. Fuente: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html>.

⁹⁰³ Artículo 9: “Tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores: a) el Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita; b) el Estado Parte de residencia habitual del menor; c) el Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y d) El Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico (...)”. Este instrumento cuenta, a fecha de 7 de julio de 2013 con ratificaciones de 15 Estados de entre los 35 países miembros de la OEA. Solo Ecuador formuló una reserva pertinente al declarar que “De acuerdo con nuestra Constitución Política, el Ecuador no puede conceder la extradición de sus nacionales y que su juzgamiento se sujetará a las leyes de nuestro país”.

Desaparición Forzada de Personas de 1994⁹⁰⁴. Todos ellos incorporan el *aut dedere aut judicare* como mecanismo procesal tendente a garantizar la erradicación de la impunidad para los responsables de la comisión de estos delitos.

En cuanto al terrorismo, la inclusión de esta cláusula alternativa en los instrumentos de cooperación penal en este ámbito, es de obligada mención ya que, a largo plazo, su repercusión puede ser importante en la consolidación de la naturaleza jurídica de esta obligación y su extensión a otros crímenes. La participación en los mismos experimenta un notable crecimiento tras los atentados terroristas del 11-S⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ Artículo IV: “Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos: a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción; b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado; c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo (...)”; y artículo VI: “Cuando un Estado Parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición”. A pesar de la magnitud del problema de las desapariciones forzadas que asola a una gran parte del continente americano, el índice de participación en esta Convención no es demasiado alto, a fecha de 7 de julio de 2013, solo 14 Estados la han ratificado, de los cuales ninguno ha hecho reservas o declaraciones dirigidas a modificar algún o a limitar el alcance de la obligación de extraditar o juzgar aquí reconocida.

⁹⁰⁵ Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando estos tengan trascendencia internacional de 1971, artículo 5: “Cuando no proceda la extradición solicitada por alguno de los delitos especificados en el artículo 2 porque la persona reclamada sea nacional o medie algún otro impedimento constitucional o legal, el Estado requerido queda obligado a someter el caso al conocimiento de las autoridades competentes, a los efectos del procesamiento como si el hecho se hubiera cometido en su territorio. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado requirente. En el juicio se cumplirá con la obligación que se establece en el artículo 4”. Son parte de la misma, a fecha de 7 de julio de 2013, 24 Estados, habiendo todos ellos depositado los instrumentos de ratificación después del 11-S. La Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002 cuenta, en la actualidad, también con una participación de 24 Estados y aunque no recoge una articulación del *aut dedere aut judicare* en sentido estricto, se reconoce uno de los elementos configuradores de la referida obligación: la inaplicabilidad de la excepción por delito político. Artículo 11: “Para los propósitos de extradición o asistencia jurídica mutua, ninguno de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 se considerará como delito político o delito conexo con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos. En consecuencia, una solicitud de extradición o de asistencia jurídica mutua no podrá denegarse por la sola razón de que se relaciona con un delito político o con un delito conexo con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos”.

7.1.2.2.3. África y Mundo Árabe

La relativa juventud de los países africanos como Estados independientes explica que, en esta zona del mundo, la proliferación de acuerdos regionales sea un fenómeno mucho más tardío⁹⁰⁶. De hecho, excluyendo el **Convenio de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo de 1999**⁹⁰⁷, el **Convenio para la Eliminación del Mercenarismo en África de 1977** es el único instrumento que ofrece un escenario regional de cooperación penal y judicial para luchar contra un delito que puede llegar a ser constitutivo de crimen contra la humanidad⁹⁰⁸.

En el marco regional árabe, de una lectura conjunta de los artículos 38, 39 y 40 del **Acuerdo Árabe de Riad para la Cooperación Judicial de 1983** se puede inferir el reconocimiento de la obligación de extraditar en relación a los crímenes de lesa humanidad (así como en relación a cualquier delito cuya pena mínima sea de al menos un año de privación de libertad). El terrorismo, por razones obvias, es el problema

⁹⁰⁶ Lo mismo ha pasado con la iniciativa regional más importante de protección de los derechos humanos en el continente africano. La creación de un tribunal regional encargado de ello. El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de las Personas es un órgano jurisdiccional regional creado tanto para resolver cuestiones de interpretación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 entre los Estados, como para conocer de casos de violaciones de derechos humanos que afecten a los ciudadanos africanos. A pesar de que los primeros pasos de este proyecto se dieron en 1998, hasta 2009 no se ha abierto formalmente el primer caso ante el Tribunal. Véase la lista actualizada de casos que recoge el ARC Project, una iniciativa de la abogada internacionalista Gillian Higgins para dar mayor visibilidad a la Corte y a su trabajo. http://arcproject.co.uk/?page_id=762

⁹⁰⁷ Que recoge la obligación de extraditar o juzgar en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio y ha sido ratificado (a fecha de 21 de febrero de 2013) por 41 de los 54 Estados parte en la Unión Africana (anterior Organización de la Unidad Africana).

⁹⁰⁸ Artículo 8: “Each contracting State shall undertake to take such measures as may be necessary to punish, in accordance with the provisions of Article 7, any person who commits an offence under Article 1 of this Convention and who is found on its territory if it does not extradite him to the State against which the offence has been committed”. Las ratificaciones a fecha de 1 de marzo de 2013 suman 31. El vacío legal existente sobre esta cuestión en África viene siendo denunciado por la doctrina desde hace muchos años. Véase, entre otros, LAYEB, A., “The need for an international convention against mercenaries and mercenarism”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol 1, 1989, p. 466 y LABORIE IGLESIAS, M.A., “Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 160, 2013. Véase también, como documentos oficiales de Naciones Unidas, los informes realizados por el Grupo de Trabajo sobre el uso de mercenarios como forma de violar los derechos humanos y de impedir el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos. Sin embargo, tal y como se abordará en el capítulo siguiente, en el análisis de la sentencia de la TIJ en el asunto de las cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar que ha enfrentado a Bélgica con Senegal, en el ámbito de los derechos humanos, África está inmersa en un proceso de transformación, liderado por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que con toda probabilidad redefinirá el escenario de la justicia penal internacional actual.

regional que más Convenios ha generado. La obligación de extraditar o juzgar es una constante sobre este particular⁹⁰⁹.

7.1.3. Instrumentos convencionales que regulan los crímenes internacionales en sentido estricto que no contengan la cláusula *aut dedere aut judicare*

7.1.3.1. Instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que no incorporen la cláusula *aut dedere aut judicare*

El rigor académico exige, para poder extraer conclusiones acerca de la naturaleza jurídica de la referida cláusula y de su presencia en los instrumentos convencionales reguladores de las más graves violaciones de derechos humanos, que aquellos convenios en los que la misma esté ausente sean igualmente tratados aquí.

Así, de entre los Tratados reguladores de crímenes internacionales en sentido estricto que no contengan la cláusula objeto de estudio, destaca, en primer lugar, el **Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948**. Según este instrumento, un Estado Parte solo tienen obligación de enjuiciar este crimen internacional cuando el mismo haya sido cometido en el territorio bajo su jurisdicción. En efecto, el artículo VI reconoce que:

“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

El Tribunal Internacional de Justicia confirmó esta interpretación en el caso “Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)”. En la sentencia de este caso, el Tribunal sostuvo que la obligación de enjuiciamiento del delito de Genocidio solo afectaba al Estado en

⁹⁰⁹ Artículo 6.3 y 6.8 de la Convención de la Organización de la Conferencia Islámica para la lucha contra el Terrorismo Internacional de 1999; Convención árabe sobre la represión del terrorismo de 1998, artículo 3.II (1), 6.b y 6.h. Para una exhaustiva sistematización y análisis de los instrumentos internacionales y regionales de lucha contra el terrorismo véase el documento de Naciones Unidas: “Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional”, UN, Nueva York, 2009.

cuyo territorio este se hubiera cometido, por lo que Serbia y Montenegro no podían ser responsabilizados por no enjuiciar el genocidio ocurrido en Srebrenica:

“The Court would first recall that the genocide in Srebrenica, the commission of which it has established above, was not carried out in the Respondent’s territory. It concludes from this that the Respondent cannot be charged with not having tried before its own courts those accused of having participated in the Srebrenica genocide, either as principal perpetrators or as accomplices, or of having committed one of the other acts mentioned in Article III of the Convention in the connection with the Srebrenica genocide. Even if Serbian domestic law granted jurisdiction to its criminal courts to try those accused, and even supposing such proceedings were compatible with Serbia’s other international obligations, *inter alia* its obligation to co-operate with the ICTY, to which the Court will revert below, an obligation to try the perpetrators of the Srebrenica massacre in Serbia’s domestic courts cannot be deduced from Article VI. Article VI only obliges the Contracting Parties to institute and exercise territorial criminal jurisdiction; while it certainly does not prohibit States, with respect to genocide, from conferring jurisdiction on their criminal courts based on criteria other than where the crime was committed which are compatible with international law, in particular the nationality of the accused, it does not oblige them to do so⁹¹⁰.“

⁹¹⁰ CIJ, Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia, I.C.J. Reports 2007, pp. 43, párr. 442. Un tratamiento distinto recibe, sin embargo, la obligación de prevenir el delito de genocidio. En efecto, el mismo tribunal, cuando le toca decidir sobre las Objeciones Preliminares sobre el alcance de la obligación de “prevenir y castigar el delito de genocidio” afirma que esta no está limitada territorialmente por el Convenio (CIJ, Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Objeciones Preliminares, I.C.J. Reports 1996, pp. 595, para. 31: “(...)It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention”. Sin embargo, pueden encontrarse en la jurisprudencia razonamientos en sentido contrario a la limitación territorial de la jurisdicción para conocer del delito de genocidio. Véase por ejemplo, la decisión sobre la moción de la Fiscalía solicitando la remisión del caso a los Países Bajos del TPIR en el caso Bagaragaza: “The Chamber is satisfied that the Genocide Convention of 1948, as interpreted by the ICJ in its 11 July Judgement referenced above, and the United Nations Charter read in conjunction with the ICTR Statute and relevant Security Council Resolutions are treaties from which the power to prosecute genocide follows for the purposes of Article 4^a of the *Durch Criminal Code*”. Fiscal c. Bagaragaza, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-2005-86-11bis, Decisión sobre la solicitud del Fiscal de reimpedición del caso a los Países Bajos, Rule 11 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba, 13 de abril 2007, párr. 28.

La construcción jurisdiccional aquí se ve completada con el artículo VII, que reconoce que la excepción del delito político no puede ser esgrimida aquí para denegar la extradición (al Estado en cuyo territorio se hubiese cometido el crimen)⁹¹¹.

Siguiendo un orden cronológico, en 1973 se aprueba la **Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid**, regulador de uno de los subtipos del crimen de lesa humanidad. En este caso, la jurisdicción de los Estados Parte se formula en términos muy abstractos y con un carácter marcadamente voluntario, que dista de la naturaleza obligatoria que define a la cláusula que aquí nos ocupa:

“Artículo V

Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Más de la mitad de los Estados Miembros de las Naciones Unidas son Parte en este Convenio Internacional⁹¹².

Siguiendo la estructura marcada por este capítulo, que aboga por una potencial calificación del uso de armas nucleares como un crimen contra la humanidad a través del subtipo “otros actos inhumanos...”, varios son los instrumentos que deben ser traídos a colación. Por un lado, encontramos la **Convención sobre Armas Químicas de 1993** (que entró en vigor en 1997)⁹¹³. Este acuerdo, impulsado y promovido por la Organización para la Prohibición de Armas Químicas (OPAQ), una organización independiente, se interpretará de modo que no limite las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del Protocolo de Ginebra de 1925 (**Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos**) y en virtud de la **Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas**

⁹¹¹ A fecha de 8 de julio de 2013, los Estados Parte en esta Convención suman 142.

⁹¹² A fecha de 8 de julio de 2013, los Estados que han depositado sus instrumentos de ratificación suman 108.

⁹¹³ Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción. OPAQ. En vigor desde el 27 de abril de 1997, 180 días después de la ratificación del 65º Estado. A fecha de 27 de mayo de 2009 (último documento accesible de la OPCW), 188 de los 195 Estados reconocidos por Naciones Unidas han ratificado esta Convención, aglutinando una de las mayores participaciones a pesar de no haber sido impulsado en el seno de las Naciones Unidas.

(biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, firmada en Londres, Moscú y Washington el 10 de abril de 1972⁹¹⁴. Ninguno de estos instrumentos, redactados en clave de declaración de intenciones de cooperación para la erradicación de los riesgos derivados de la carrera armamentística nuclear, química y biológica, hacen referencia alguna a la obligación de extraditar o juzgar en tanto que se limitan a regular la posibilidad de denuncia de las obligaciones derivadas del incumplimiento de la Convención ante el Consejo de Seguridad, no entrando en la posible responsabilidad penal individual derivada de la misma⁹¹⁵.

Los instrumentos internacionales reguladores de los delitos medioambientales siguen sin abordar de manera tajante la criminalización de las conductas que regulan. Un buen ejemplo de ello es la **Convención de Basilea de 1989**, que establece normas destinadas a controlar a nivel internacional los movimientos transfronterizos y la eliminación de residuos peligrosos para la salud humana y el medio ambiente. Quizás sea precisamente el hecho de que este Convenio tenga como objeto la regulación de ciertas conductas y no la criminalización de un acto en particular lo que explique la ausencia de la obligación de extraditar o juzgar en el texto del mismo⁹¹⁶. El **Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación de 1999** avanza en una línea interesante hacia la criminalización de estos hechos, coherente con su emergente

⁹¹⁴ Esta Convención entró en vigor el 26 de marzo de 1975 y en la actualidad ha sido ratificada por 163 Estados.

⁹¹⁵ Artículo XII de la Convención sobre Armas Químicas y artículo VI de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción. Puede, sin embargo, traer aquí a colación la Resolución 1540 del Consejo de Seguridad, como aproximación más cercana al reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar en este ámbito. Resolución 1540 de 28 de abril de 2004, punto 2: “(El Consejo de Seguridad)... Decide también que todos los Estados, de conformidad con sus procedimientos nacionales, deben adoptar y aplicar leyes apropiadas y eficaces que prohíban a todos los agentes no estatales la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, en particular con fines de terrorismo, así como las tentativas de realizar cualquiera de las actividades antes mencionadas, participar en ellas en calidad de cómplices, prestarles asistencia o financiarlas”.

⁹¹⁶ Así lo ha entendido Claire Mitchell, MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, capítulo 1, párr. 10: “Despite calls to amend the 1993 Chemical Weapons Convention to include an extradite or prosecute clause that could allow for better enforcement, treaties such as the Chemical Weapons Convention and the 1989 Basel Convention also do not include an aut dedere aut judicare clause. A possible explanation for this omission may be that, whilst these treaties do require criminalization of certain conduct, this obligation is incidental to their overall purpose, which is to regulate certain activities. By contrast, those treaties that do include the obligation are generally treaties whose primary role is to criminalize specific conduct”. Este Convenio cuenta, a fecha de 8 de julio de 2013 con 180 Estados Parte en el mismo.

consideración como crímenes de lesa humanidad. Así, los artículos 4 y 5 se pronuncian en términos claros al respecto⁹¹⁷.

Por último, los tres **Protocolos complementarios** a la ya analizada **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000**, no incorporan la cláusula de manera específica, a pesar de incidir en aspectos más concretos de la delincuencia organizada y de su persecución⁹¹⁸. No obstante, a pesar de la ausencia de referencia específica al *aut dedere aut judicare*, en los tres instrumentos se recoge el mandamiento de interpretar estos Protocolos conjuntamente con la Convención, siendo las disposiciones de la misma aplicables a estos. Por consiguiente, a pesar de haber incluido estos Protocolos en esta categoría, por no estar el principio expresamente recogido, podría afirmarse que existe una incorporación indirecta del mismo por remisión a su instrumento matriz: la Convención.

⁹¹⁷ Artículo 4.1: “La persona que notifica de conformidad con el artículo 6 del Convenio, será responsable por daños hasta que el eliminador haya tomado posesión de los desechos peligrosos y otros desechos. A partir de ese momento el eliminador será responsable por los daños. Si el Estado de exportación es el notificador o si no se ha hecho notificación, el exportador será responsable por los daños hasta que el eliminador haya tomado posesión de los desechos peligrosos y otros desechos. En lo que respecta al inciso b) del párrafo 6, del artículo 3 del Protocolo, el párrafo 5 del artículo 6 del Convenio se aplicará *mutatis mutandis*. A partir de ese momento el eliminador será responsable por daños”; artículo 5: “Responsabilidad culposa. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, toda persona será responsable por daños causados por el incumplimiento de las disposiciones para la aplicación del Convenio o por sus actos u omisiones voluntarios, imprudentes o negligentes o a los que hayan contribuido ese incumplimiento o esos actos u omisiones. El presente artículo no afectará la legislación nacional de las Partes Contratantes que rige la responsabilidad de los servidores y agentes”. Este Protocolo, que solo cuenta con 11 ratificaciones a fecha de 8 de julio de 2013, no ha entrado aún en vigor.

⁹¹⁸ Las únicas disposiciones que pueden interpretarse como tendentes a garantizar la investigación y castigo de estas conductas son aquella relativas a la penalización y la cooperación, comunes a los tres Protocolos. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/55/383), ratificado a fecha de 1 de julio de 2013 por 156 Estados; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/55/383), ratificado a fecha de 1 de julio de 2013 por 137 Estados; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/55/383/Add.2), ratificado a fecha de 1 de julio de 2013 por 101 Estados). Los dos primeros de 15 de noviembre de 2000 y el último de 31 de mayo de 2001. Este último instrumento debe tomar en consideración el recientemente adoptado Tratado sobre el Comercio de Armas, aprobado en el seno de la Conferencia Final de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas de 27 de marzo de 2013, Doc. A/CONF.217/2013/L.3.

7.1.3.2. Instrumentos regionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que no incorporen la cláusula *aut dedere aut judicare*

En esta última categoría se incluyen aquellos instrumentos de carácter regional que si bien regulan hechos potencialmente constitutivos de crímenes contra la humanidad, no incluyen en sus textos la obligación de extraditar o juzgar. Solo se ha identificado un Convenio que cumpla con todos los requisitos expuestos: el **Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1989**⁹¹⁹. Este documento no aborda en ningún momento cuestiones relativas a la jurisdicción de los Estados para el enjuiciamiento de los delitos aquí regulados sino que se centra en regular la creación y actividad del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, órgano con funciones fundamentalmente de comprobación y visita, formulando en términos laxos la protección que, a través de esta supervisión, se ofrece a aquellas víctimas de tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes⁹²⁰.

7.1.4. La propuesta de Convenio para la Prevención y Represión de los Crímenes contra la Humanidad: el *aut dedere aut judicare* flexible

“Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes de lesa humanidad garantizando su enjuiciamiento y sanción justo y efectivo a nivel nacional e internacional (...)”⁹²¹,”

En el prefacio de la obra en la que presenta los resultados de más de dos años de trabajo, Leila Nadya Sadat, artífice de la Propuesta de Convenio para la Prevención y Represión de los Crímenes contra la Humanidad, retrocede más de un siglo para situar los primeros pasos hacia la cristalización de este instrumento. En concreto, al hacer su

⁹¹⁹ Este Convenio, adoptado en el seno del Consejo de Europa, y que ha sido modificado por los Protocolos nº1 (ETS nº151) y nº2 (ETS nº152) que entraron en vigor el 1 de marzo de 2002, cuenta, a fecha de 8 de julio de 2013 con 47 ratificaciones.

⁹²⁰ Véanse los artículos 1 y 2 del Convenio.

⁹²¹ Preámbulo de la Propuesta de Convenio para la Prevención y Represión de los Crímenes contra la Humanidad, Whitney R. Harris World Law Institute, agosto de 2010, párr. 6. El texto completo de la Propuesta está incluido en este trabajo como Anexo II.

particular revisión histórica, se refiere al reconocimiento abstracto y difuso que la cláusula Martens hace de “unas leyes de humanidad” como mecanismos, claramente insatisfactorios, de protección ante las atrocidades de las que los seres humanos eran víctimas durante las guerras⁹²².

Tal y como se ha avanzado, los crímenes contra la humanidad fueron incorporados a un texto internacional por primera vez tras la Segunda Guerra Mundial. En concreto, en las Cartas de Núremberg y Tokio. Tras los Juicios de Núremberg, los Principios que se encontraban subsumidos en la Carta y la Sentencia fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1946⁹²³ y codificados por la CDI en 1950⁹²⁴.

Por desgracia, la falta de mecanismos jurídicos efectivos para luchar contra los crímenes contra la humanidad ha sido evidenciada de manera reiterada durante la segunda mitad del siglo XX⁹²⁵. En este sentido, pueden citarse, entre los detonantes de esta Convención las atrocidades que entre 1975 y 1979 cometieron los Jemeres Rojos en Camboya⁹²⁶, el conflicto de los Balcanes y de Ruanda en los 90 y, sobre todo, el hecho de que, ni siquiera después de que hubiesen tenido lugar, se consiguiera incorporar a los Estatutos de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda una definición consensuada y cerrada de los crímenes de lesa humanidad⁹²⁷. De hecho, la primera

⁹²² SADAT, L.N., Preface and Acknowledgements en “Forging a Convention...*op. cit.* pp. ix.

⁹²³ Afirmación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por la Carta del Tribunal de Núremberg, Informe de la Sexta Comisión, A/RES/95 (1), U.N. Doc. A/236 (1946).

⁹²⁴ Documentos de la segunda sesión, incluyendo el informe de la Comisión a la Asamblea General, (1950), 2Y.B. Int'l L. Comm'n 374, U.N. Doc. A/CN.4.SER.A/1950/Add.1.

⁹²⁵ En un reciente estudio realizado por el Profesor Cherif Bassiouni se afirma que entre 1945 y 2008, entre 92 y 101 millones de personas han sido asesinadas en 313 conflictos armados, siendo la mayoría de ellos civiles. Véase BASSIOUNI, C., *Assessing Conflict Outcomes: Accountability and Impunity, en The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization and post-conflict justice* 6, Ed. Cherif Bassiouni, 2010, citado en SADAT, L.N., Preface and Acknowledgements...*op cit.*, pp. xx.

⁹²⁶ La calificación de los crímenes cometidos en Camboya como genocidio ha dado lugar a muchas críticas y ha generado importantes problemas jurídicos sintetizados magistralmente por Gareth Evans: “For all its compelling general moral authority, the Genocide Convention had absolutely no legal application to the killing fields of Cambodia, which nearly everyone still thinks of as the worst genocide of modern times. Because those doing the killing and beating and expelling were of exactly the same nationality, ethnicity, race and religion as those they were victimizing-as their motives were political, ideological and class-based...the necessary elements of specific intent required for its application were simply not there”. Evans, G., Crimes Against Humanity and the Responsibility to Protect en “Forging a Convention...*op. cit.* pp. 3

⁹²⁷ De hecho, los Estatutos de ambos tribunales presentan (tal y como se ha analizado en el capítulo V) definiciones del crimen de lesa humanidad que resultan, en algunos puntos contradictorias entre sí.

definición clara e inequívoca de este crimen no llegó hasta la aprobación del Estatuto de Roma⁹²⁸.

Estas deficiencias indudablemente contribuyeron a poner de manifiesto la necesidad de colmar esta laguna pero, sin duda, la sentencia del TIJ en el caso que enfrentó a Bosnia y Herzegovina con Serbia y Montenegro por los crímenes de Srebrenica fue el hito que dio a este proyecto el impulso que necesitaba. Tras estimar, como se ha analizado en este capítulo, la inaplicabilidad de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio por el limitado alcance territorial de la misma, la Corte admite no tener competencia para conocer de unos crímenes contra la humanidad que cree han sido perpetrados en este contexto⁹²⁹.

Así, en el año 2008, bajo la dirección de Leila Nadia Sadat, directora del Whitney R. Harris World Law Institute, organismo que debe su nombre a uno de los fiscales más importantes de Núremberg, se pone en marcha esta iniciativa, que cuenta con la participación de algunos de los mayores expertos en la materia⁹³⁰ y que se desarrolla en tres fases⁹³¹ dirigidas a la consecución de tres objetivos bien definidos:

- Estudiar el estado actual de la ley y la realidad sociológica con respecto a la comisión de crímenes contra la humanidad;
- Combatir la indiferencia generada por el otorgamiento de una menor gravedad al crimen de lesa humanidad en contraposición con el delito de genocidio; y
- 3. Enfrentarse al vacío jurídico existente a través de la elaboración del primer Convenio especializado y completo sobre crímenes de lesa humanidad⁹³².

⁹²⁸ Sin perjuicio del papel que esta definición y su aplicación por los tribunales nacionales e internacionales pueda llegar a tener en la cristalización de la costumbre internacional, lo cierto es que en principio la definición de crimen de lesa humanidad aquí contenida tiene un alcance puramente convencional.

⁹²⁹ CIJ, Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia, I.C.J. Reports 2007, pp. 43, párr. 277: "The killings outlined above may amount to war crimes and crimes against humanity, but the Court has no jurisdiction to determine whether this is so".

⁹³⁰ Miembros del Comité Directivo de esta iniciativa: M. Cherif Bassiouni, Hans Corell, ex asesor jurídico de Naciones Unidas, Juan E. Méndez, Presidente Emérito del Centro Internacional de Justicia Transicional, el Professor William Schabas, Director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Irlanda en Galway y la jueza de la CPI Christine Van den Wyngaert.

⁹³¹ Estas tres primeras fases (Preparación del proyecto y desarrollos metodológicos; II. Estudio privado del proyecto mediante el encargo de artículos a expertos, organización de encuentros y discusiones sobre el lenguaje a utilizar en el borrador; III. Discusión pública del proyecto y la publicación del proyecto de Convenio) culminaron con la presentación del Proyecto de Convenio que será seguidamente analizado.

⁹³² SADAT, L.N., Preface and Acknowledgements...*op cit.*, pp. xxiii-xxiv.

La Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad⁹³³ (de ahora en adelante, la Propuesta) está compuesta por 27 artículos, acompañados de notas explicativas y 6 anexos. El artículo 3 incorpora la definición del crimen de lesa humanidad del Estatuto de Roma, sin realizar, tal y como se aclara en la nota explicativa correspondiente, “modificaciones sustanciales” a la misma.

Si bien es cierto que el artículo 9 y el anexo 2 son las dos disposiciones que reconocen expresamente la obligación de extraditar o juzgar a los presuntos autores de crímenes de lesa humanidad y desarrollan su alcance y contenido, antes de analizarlas en profundidad, conviene comentar algunas de las innovaciones de la presente Propuesta como instrumento convencional de lucha contra los crímenes de lesa humanidad a nivel internacional.

En primer lugar, la expresa mención a los tribunales mixtos como órganos jurídicos internacionalmente competentes para conocer de estos crímenes que se hace en el Preámbulo de la Propuesta representa, al menos simbólicamente, el reconocimiento del creciente protagonismo adquirido por los tribunales regionales y/o *sui generis* en la investigación y enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales⁹³⁴. Puede también ser interpretada como una lanza a favor de una adecuada lectura y aplicación del principio de complementariedad que rige la actividad de la Corte⁹³⁵.

⁹³³ Publicada en agosto de 2010.

⁹³⁴ En el continente africano, esta tendencia está en plena ebullición. Así lo ratifican las primeras sentencias dictadas por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en aplicación de las competencias recientemente adquiridas y la Corte Especial recientemente creada en Senegal para enjuiciar al ex dictador chadiano, Hissène Habré, conocido como el “Pinochet africano” sugieren un giro hacia un regionalismo de facto en el derecho penal internacional. Otros ejemplos van desde la Cámara para Crímenes de Guerra en Bosnia y Herzegovina hasta los tribunales Gacaca en Ruanda. En Colombia, algunas ONGs proponen la creación de un Tribunal Especial de Justicia Transicional para conocer de los crímenes internacionales que se han perpetrado en el marco del largo conflicto colombiano. “Proponen tribunal de justicia transicional”, www.kienyke.com, 4 de julio de 2013

⁹³⁵ Véase el artículo 3 para un tratamiento extensivo del principio de complementariedad de la CPI y de las limitaciones inherentes a la jurisdicción de este órgano jurisdiccional. El texto exacto del párrafo que incluye esta referencia reza como sigue: “*Recordando las contribuciones hechas por los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, nacionales y demás tribunales establecidos conforme a un instrumento jurídico internacional, a la afirmación y el desarrollo de la prevención y la sanción de los crímenes de lesa humanidad*”, siendo la nota explicativa 6 la que aclara que “La referencia del párrafo 10 del Preámbulo a “demás tribunales establecidos conforme a un instrumento jurídico internacional” incluye modelos mixtos de tribunales como el Tribunal Especial para Sierra Leona”,

En relación a la cuestión de la inmunidad diplomática, el artículo 6 cristaliza una nueva corriente que se aparta de la célebre sentencia del TIJ en el caso relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)⁹³⁶, para defender la competencia de los tribunales para conocer de estos crímenes incluso cuando sean cometidos por el “Jefe de Estado o Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno”, siguiendo la opinión disidente de la jueza Van den Wyngaert en el referido caso.

Como incorporaciones menos transgresoras, pero igualmente importantes, debe resaltarse la expresa articulación del *ne bis in idem* en el artículo 17 y del principio de no devolución, expulsión o extradición “de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser sometida a crímenes de lesa humanidad” en el artículo 18⁹³⁷.

Por último, la inclusión de las entidades jurídicas en el tipo subjetivo no puede pasar desapercibida ya que añade un fundamento jurídico convencional sin precedentes a la ya consolidada responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁹³⁸.

⁹³⁶ Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002.

⁹³⁷ La fórmula escogida en esta disposición es poco afortunada. En un intento de seguir el modelo de la Convención contra las Desapariciones Forzadas y la Tortura se ha limitado aquí la aplicación del principio “non-refoulement” a aquellos casos en los que el detenido estuviera en peligro de ser víctima de un crimen de lesa humanidad. Esto desvirtúa completamente el sentido del principio de “non-refoulement”, pensado como mecanismo de protección ante violaciones graves de derechos humanos como la tortura, la discriminación o la vulneración de derechos de seguridad jurídica. De hecho, de la lectura del anexo 2 de la Convención, que amplía los motivos de denegación obligatoria de la extradición, se puede inferir la contradicción existente dentro del propio texto de la Convención. Entre los citados motivos, aparecen los siguientes: “7. (...) que el Estado requerido tenga razones fundadas para creer que la solicitud de extradición se ha formulado con miras a procesar o sancionar a una persona a causa de su raza, religión, nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas, sexo o condición, o que el derecho de esa persona a un juicio justo e imparcial pueda resultar perjudicado por alguna de esas razones”; “8. (...) que la sentencia del Estado requirente haya sido dictada en rebeldía, que no se avisara con suficiente antelación a la persona condenada de que iba a comparecer en juicio o no se le diera la oportunidad de organizar su defensa, y que la persona no tenga ni tendrá la posibilidad de participar en la revisión de la causa”; “9. (...) que la persona no haya tenido ni vaya a tener un proceso penal con las garantías mínimas que se establecen en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

⁹³⁸ Véase apartado (c) del anexo 1: “Persona” designa a una persona natural o jurídica”. En efecto, la nota explicativa 3 del artículo 1 se remite al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptado en 2001 por la Comisión de Derecho Internacional como baluarte para identificar los hechos internacionalmente ilícitos que den lugar a responsabilidad de los Estados.

7.1.4.1. El *aut dedere aut judicare* en la Propuesta de Convención

La obligación de extraditar o juzgar se erige como la cláusula procesal sobre la que pivota uno de los tres pilares centrales de la presente Convención: la sanción⁹³⁹. Si bien se encuentran referencias más o menos indirectas a la misma a lo largo de todo el texto⁹⁴⁰, el reconocimiento de la obligación alternativa se desarrolla de manera específica en el artículo 9 en los siguientes términos:

“Artículo 9

Aut dedere aut judicare (juzgar o extraditar)

1. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su competencia sobre los crímenes de lesa humanidad en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo entregue a la Corte Penal Internacional, si es un Estado Parte del Estatuto de Roma, o a otro tribunal penal internacional cuya competencia haya reconocido.
2. En el caso de que un Estado Parte, por cualquier motivo no especificado en la presente Convención, no enjuicie a una persona sospechosa de haber cometido crímenes de lesa humanidad, deberá, de conformidad con una solicitud apropiada, entregar a tal persona a otro Estado dispuesto a enjuiciarlo de manera justa y efectiva, o a la Corte Penal Internacional, si es un Estado Parte del Estatuto de Roma, o a un tribunal internacional competente que tenga jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad⁹⁴¹.

⁹³⁹ Los otros dos pilares, tal y como se describe en la nota explicativa del artículo 2 son la prevención y el desarrollo eficaz de capacidades para facilitar dicha prevención y sanción.

⁹⁴⁰ Véase por ejemplo el artículo 8 (Obligaciones de los Estados Partes), B. Investigación y Enjuiciamiento, apartado 9: “Los Estados Partes enjuiciarán o extraditarán a los acusados o sospechosos de haber cometido crímenes de lesa humanidad”; o el artículo 10. 3: “Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su competencia sobre los crímenes de lesa humanidad en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales o lo entregue a un tribunal penal internacional cuya competencia haya reconocido”

⁹⁴¹ Subrayado añadido para ser analizado separadamente a continuación.

De una lectura detenida de la disposición anterior se puede deducir que se ha optado aquí por un modelo de la obligación que no otorga carácter preferente a ninguna de las dos opciones alternativas⁹⁴², incorporando las características fundamentales de la fórmula del Convenio de la Haya de 1970. Curiosamente, la nota explicativa de este artículo puntualiza que el párrafo 1 “se basa en el artículo 9(2) de la Convención contra las Desapariciones Forzadas”. La referencia a otros instrumentos internacionales es una constante en la confección de la presente Convención⁹⁴³.

Antes de pasar a diseccionar los dos párrafos que componen este artículo de la mano de la encargada del estudio de esta obligación alternativa en el marco de esta Propuesta, Laura M. Olson⁹⁴⁴, hay dos aspectos de la configuración de esta disposición que conviene resaltar aquí por su carácter innovador y su respeto a un emergente derecho internacional basado en derechos humanos.

El primero se refiere al reconocimiento explícito del derecho a un juicio justo que este proyecto de artículo hace en el segundo párrafo mediante la especificación de que la entrega a otro Estado debe hacerse siempre y cuando éste esté “dispuesto a enjuiciarlo de manera justa y efectiva⁹⁴⁵”. Si bien es cierto que la naturaleza de *ius cogens* de la

⁹⁴² Así lo ha reconocido también Laura M. Olson, responsable de la redacción del capítulo relativo a esta cláusula en la presente Propuesta. OLSON, L.M., “Re-enforcing Enforcement in a Specialized Convention on Crimes Against Humanity: Inter-State Cooperation, Mutual Legal Assistance and the Aut Dedere Aut Judicare Obligation” en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*”, ed. SADAT, L.N., Cambridge University Press, 2011, p. 327: “*The obligation to extradite and/or prosecute found in the Proposed Convention requires States that do not prosecute alleged perpetrators to extradite the; this language indicates a coexistent duty between the two options. A new convention should not express a preference between dedere or judicare, because which is preferable depends on the specific situation*”. La autora se remite seguidamente a algunos de los factores a tener en cuenta para tomar esta decisión enumerados por Plachta en el artículo analizado en el capítulo anterior.

⁹⁴³ Véase, para una visión general de este fenómeno la nota explicativa del preámbulo que aglutina referencias a la Convención sobre el Genocidio, al Estatuto de Roma, a la Convención contra las Desapariciones Forzadas y la Cláusula Martens de la Convención de la Haya de 1907. Otras manifestaciones pueden encontrarse en la nota explicativa del artículo 10, que reza como sigue: “El párrafo 3 se basa en el artículo 9(2) de la Convención contra las Desapariciones Forzadas y el artículo 5(2) de la Convención contra la Tortura”.

⁹⁴⁴ Laura M. Olson ha trabajado durante diez años como asesora jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja y ha publicado numerosos trabajos sobre derecho internacional humanitario, justicia transicional y la relación entre derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados.

⁹⁴⁵ El anexo 1, bajo el título “Términos empleados”, aclara el significado exacto de los términos “justo” y “efectivo” mediante la remisión a estándares incluidos en instrumentos convencionales internacionales: “A los efectos de la presente Convención: (a) “Justo”, “justamente” o “justicia” significan de conformidad con las normas relativas a las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, compatibles con las garantías mínimas de los procedimientos penales, tal como se contienen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (b) “Efectivo”, “efectivamente” o “efectividad” significan de forma diligente, independiente e imparcial, de manera que no tenga por objeto sustraer a la persona de

Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son base jurídica suficiente para justificar la necesaria observancia que cualquier instrumento convencional debe hacer de sus disposiciones⁹⁴⁶, esta insistencia solo puede interpretarse en términos positivos. La misma se limita a visibilizar un fortalecimiento del compromiso con la protección de los derechos de seguridad jurídica y su influencia, precisamente por la gravedad y naturaleza atroz del crimen objeto de regulación, puede tener un alcance mucho mayor no tanto en la configuración de la obligación de respeto de los derechos humanos, ya definida de manera inequívoca, pero sí sobre su observancia por parte de los Estados⁹⁴⁷.

El segundo se adivina en la incorporación de la “tercera alternativa” en los siguientes términos: “En el caso de que un Estado Parte, (...), no enjuicie a una persona sospechosa de haber cometido crímenes de lesa humanidad, deberá, (...) entregar a tal persona a otro Estado (...), o a la Corte Penal Internacional, si es un Estado Parte del Estatuto de Roma”. En realidad, de la letra de este enunciado se deduce la exclusión de la “tercera alternativa” tal y como había sido considerada por la CDI⁹⁴⁸. De hecho, en la

que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de lesa humanidad y sea compatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia, teniendo presente el respeto por el principio de presunción de inocencia”. Tal y como explica Laura Olson, la incorporación de criterios cualitativos a la configuración del *aut dedere aut judicare* en esta Propuesta debe provocar un efecto contagio, e incluirse también en la regulación del enjuiciamiento y del proceso de extradición, OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, *op. cit.*, pp. 328: “If a new convention on crimes against humanity is to incorporate these qualitative terms, the drafters should consider also including them with regard to prosecution by the requested State as well as the extradition process”. Esta es exactamente la postura que se mantiene aquí y que a la luz de los resultados de la investigación parece haber pasado de ser una recomendación doctrinal (ámbito prescriptivo) a representar la realidad de la configuración moderna y consolidada de la obligación de extraditar o juzgar.

⁹⁴⁶ Idea que además se ha positivizado explícitamente en el texto del presente instrumento. Véase el artículo 25. Interpretación: “Los términos de la presente Convención también se interpretarán a la luz de los principios y las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos”. La nota explicativa de este artículo reconoce además el necesario respeto de las obligaciones regionales de derechos humanos.

⁹⁴⁷ Para un estudio sobre las relaciones entre política internacional, relaciones internacionales y observancia de las obligaciones en materia de derechos humanos y de lucha contra la impunidad, véase CRANE, D.M., “The Bright Red Thread: The Politics of International Criminal Law- Do We Want Peace or Justice? The West African Experience en *Forging a Convention...* *op. cit.* p. 59 y LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction... *op. cit.* Llegados a este punto de la tesis, podemos abandonar ligeramente el enfoque estrictamente jurídico (hasta ahora necesario por su función constructivista) para reconocer el importante rol que juegan las relaciones internacionales, la diplomacia y los intereses estatales en la observancia del derecho internacional. Si bien es cierto que el derecho internacional de los derechos humanos parece haberse consolidado como un núcleo irreductible e impermeable a estas “tormentas de intereses”, es fundamental, para mantener su inviolabilidad, permanecer constantemente alerta para no perder ni un centímetro del terreno conquistado.

⁹⁴⁸ Véase el Capítulo VI, apartado 6.2.2.4.

nota explicativa que sigue al artículo 9 se subraya el carácter puramente convencional de las obligaciones de los Estados para con la Corte Penal Internacional en los siguientes términos: “Respecto a la referencia que hace esta disposición a que un Estado Parte entregue un acusado a la Corte Penal Internacional, cabe señalar que los Estados Partes del Estatuto de Roma pueden tener tal obligación. Los Estados que no son Parte de dicho Estatuto pueden no tenerla, pero tienen la posibilidad de cooperar con la Corte Penal Internacional. Esta disposición reconoce que tales Estados pueden cooperar con la Corte Penal Internacional, pero no impone una obligación independiente de hacerlo”.

Ya en la primera página de su capítulo, Laura Olson identifica el que considera el elemento para la erradicación de la impunidad: la creación de mecanismos de ejecución (“enforcement”) sólidos. Algunos de estos mecanismos consisten en fórmulas de cooperación interestatal tendentes a garantizar bien la extradición o el enjuiciamiento. El análisis de la autora se concentra en cinco de ellos: la extradición, la asistencia judicial recíproca, el traslado de procedimientos penales, la ejecución de sentencias dictadas por otros Estados y el traslado de la ejecución de las sentencias.

A los efectos de la presente investigación, es especialmente interesante examinar las valoraciones que hace la autora del mecanismo de la extradición en el marco de la presente Propuesta.

La figura de la extradición está recogida en el presente instrumento en el artículo 12 y desarrollada en el anexo 2, disposiciones que fundamentalmente intentan salvar todas las dificultades a las que generalmente debe enfrentarse la aplicación de esta institución. En efecto, la Propuesta se enfrenta al obstáculo de la exigencia de un tratado bilateral específico relativo al delito concreto declarando que los crímenes de lesa humanidad “estarán comprendidos de pleno derecho entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes antes de la entrada en vigor de la presente Convención⁹⁴⁹”. Se erige así la Convención como la base legal sobre la que se puede fundamentar cualquier extradición por crímenes de lesa humanidad. Otras dos características básicas de la extradición son los requisitos de doble tipicidad y de especialidad.

⁹⁴⁹ Anexo 2. Extradición (A.1). Para los tratados de extradición celebrados con posterioridad a la presente Convención, el apartado A.2. articula un compromiso que deben asumir los Estados: “Los Estados Partes se comprometen a incluir los crímenes de lesa humanidad entre los delitos susceptibles de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí con posterioridad.

En relación al primer requisito, aunque en un primer momento se valoró la posibilidad de incorporar al propio texto de la Convención una visión amplia del principio de doble tipicidad, esta idea finalmente no fraguó y la única remisión a la misma puede encontrarse en el artículo 17, regulador del *ne bis in idem*:

“Una persona efectivamente juzgada por crímenes de lesa humanidad y condenada o absuelta no puede ser enjuiciada por otro Estado Parte por el mismo crimen basándose en los mismos, o sustancialmente los mismos, hechos que fundamentan el anterior enjuiciamiento”.

Esta versión amplia del requisito de doble tipicidad es una herramienta tremendamente importante de cara a evitar que los responsables de la comisión de crímenes contra la humanidad queden impunes por una mera cuestión de falta de homogeneidad terminológica entre los distintos códigos penales nacionales. Este problema no es hipotético. Es más, en el mundo del derecho penal internacional ha llegado a ser bautizado como “el problema Pinochet”, en referencia al debate generado por la solicitud de su extradición realizada por España al Reino Unido. El desenlace del proceso de extradición del dictador chileno se erige como una prueba irrefutable de que un enfoque estricto del requisito de la doble tipicidad puede conducir a resultados absurdos desde el punto de vista de la función última del derecho penal internacional. En efecto, el tribunal inglés aceptó el argumento de la defensa del militar, que alegó que las torturas de las que se acusaba a Pinochet no formaban parte de los delitos susceptibles de extradición porque en el momento de su comisión, el Reino Unido no tenía competencia para conocer de estos delitos cuando los mismos se cometieran fuera de su territorio⁹⁵⁰. Por todo lo anterior, Olson, en su particular análisis del alcance y contenido de la cláusula, aboga por una concepción amplia del requisito de doble tipicidad, que considera particularmente relevante de cara a asegurar la extradición para crímenes de lesa humanidad y de evitar que se repitan situaciones como la descrita⁹⁵¹.

⁹⁵⁰ La jurisdicción extraterritorial para los delitos de tortura se incorporó al ordenamiento jurídico inglés en 1988 mediante la aprobación de la Ley de Justicia Penal (sección 134), cuya finalidad era adaptar la legislación interna para poder ratificar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1984, que entró en vigor en el Reino Unido el 29 de septiembre de 1988. Véase también sobre este caso, GARCÍA ARÁN, M; LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; NAOMI ROHT-ARRIAZA, *The Pinochet Effect and the Spanish Contribution to Universal Jurisdiction*, in *INTERNATIONAL PROSECUTION OF HUMAN RIGHTS CRIMES*, p. 117.

⁹⁵¹ OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, op. cit, p. 331: “The broader approach is preferable because it not only responds to differences in legal systems, but is also particularly relevant to ensuring extradition for

Con respecto al requisito de la concurrencia del principio de especialidad, su reconocimiento se infiere de la lectura conjunta del artículo 12 y el anexo 2, apartado E, párrafo 11, que reza como sigue: “Ninguna persona extraditada por crímenes de lesa humanidad será juzgada en el Estado requirente por un crimen distinto de aquel para el que se concedió la extradición a menos que el Estado requerido o la persona extraditada lo consientan”.

Olson evidencia en su capítulo lo que considera uno de los defectos de la Convención. Así, subraya que la protección de los derechos del extraditado exigiría que se siguiese en esta Propuesta la fórmula recogida en el Tratado Modelo de Extradición de Naciones Unidas, que prohíbe expresamente la re-extradición del sujeto a un tercer Estado⁹⁵².

La autora aborda el tradicional obstáculo del principio de no extradición de nacionales con una sorprendente actitud pragmática. Así, tras constatar que este principio ha experimentado poca evolución en los últimos tiempos, pone el acento en buscar mecanismos para garantizar el efectivo enjuiciamiento si la solicitud de extradición se rechaza por este motivo⁹⁵³.

Otro importante punto merecedor de consideración es la articulación del principio de *non-refoulement* en la presente Propuesta⁹⁵⁴. Para entender la importancia de esta disposición, que no solo obliga a considerar las potenciales violaciones de derechos humanos sino también las violaciones del derecho internacional humanitario a la hora de decidir acerca de la devolución, es preciso conectar su contenido y el compromiso que del mismo se infiere con los derechos humanos con los riesgos derivados de las extradiciones no oficiales, analizados en el Capítulo IV de esta tesis.

La regulación del alcance y contenido de la extradición, así como el marco jurídico en el que debe desarrollarse, “resuelve” solo la mitad del problema. Es imprescindible

crimes against humanity. Many States do not have specific legislation criminalizing crimes against humanity as such, but they do have legislation criminalizing the underlying crime, such as murder, torture, or rape”.

⁹⁵² Art. 14 del Tratado Modelo de Extradición de Naciones Unidas.

⁹⁵³ OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, op. cit, pp. 334.

⁹⁵⁴ Artículo 18 (No devolución): “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser sometida a crímenes de lesa humanidad; 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia, en el Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

abordar también aquí el segundo mecanismo, la asistencia judicial recíproca⁹⁵⁵, que se ocupa de la segunda vertiente del *aut dedere aut judicare*: la obligación de juzgar.

El que un Estado pueda llevar a cabo un enjuiciamiento de manera efectiva depende, en muchos casos de que exista una asistencia judicial recíproca, especialmente cuando el crimen no se ha cometido en el territorio bajo su jurisdicción. Por este motivo, y a la luz del carácter insuficiente de los mecanismos tradicionales (comisiones rogatorias que dieron lugar posteriormente a la promulgación de un número relativamente escaso de tratados bilaterales y multilaterales sobre asistencia judicial recíproca), Olson sostiene que “(...) to be effective at combating impunity, a specialized convention on crimes against humanity must include measure to guarantee and expedite effective fulfillment of requests of one State’s courts to those of another⁹⁵⁶”.

Los mismos obstáculos que se plantean en relación a la extradición (requisito de la doble tipicidad, principio de especialidad y la excepción del delito político), surgen en el ámbito del enjuiciamiento. Aunque de una primera lectura puede deducirse que la presente Convención propone soluciones bastante insatisfactorias a los mismos en este contexto, limitándose a prohibir la alegación de la excepción del delito político para denegar la asistencia judicial⁹⁵⁷, la inclusión de mini-tratado sobre asistencia judicial recíproca que ofrece las bases legales para una cooperación judicial entre Estados en el anexo 3 de la Propuesta nos aleja de esta conclusión precipitada.

La cláusula de salvaguarda contenida en este anexo, hace del mismo un instrumento que no pone a los Estados en un compromiso en relación a sus obligaciones adquiridas, con carácter previo, por medio de tratado:

⁹⁵⁵ Artículo 13 (Asistencia judicial recíproca): “Los Estados Partes se prestarán la mayor asistencia posible en relación con investigaciones, procesos y actuaciones judiciales que se inicien con respecto a crímenes de lesa humanidad de conformidad con las disposiciones del anexo 3”.

⁹⁵⁶ OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, op. cit, pp. 336.

⁹⁵⁷ Anexo 3 (I), párrafo 15: “La asistencia judicial no podrá ser denegada con base en la alegación de cargo oficial con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 6, ni en el carácter político del crimen”.

“C. Obligaciones dimanantes de otros tratados aplicables

1. Lo dispuesto en el presente anexo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca”.

Olson vuelve a ser crítica con la disposición relativa a las pruebas. El artículo 11.2. establece que:

“Los Estados Partes podrán, a efectos de la presente Convención, reconocer la validez de las pruebas obtenidas por otro Estado Parte incluso cuando las normas jurídicas y el procedimiento para la obtención de dichas pruebas no se ajusten a las mismas reglas de un Estado Parte determinado. Tal falta de conformidad no será motivo de exclusión de las pruebas, siempre que estas se consideren creíbles y hayan *sido* obtenidas de acuerdo con las normas internacionales relativas a las debidas garantías procesales. Este párrafo se aplicará a todos los aspectos de la presente Convención, lo que incluye, pero no se limita, a los siguientes: extradición, asistencia judicial recíproca, transmisión de procedimientos penales, ejecución de mandamientos judiciales, transmisión y cumplimiento de condenas penales extranjeras y reconocimiento de sentencias penales extranjeras”.

Según la autora, el Comité de redacción de la Convención debe considerar la modificación de este artículo para adecuarlo a las consolidadas normas existentes en este ámbito, que establecen que la legislación aplicable a la prueba es aquella del país que lleva a cabo el enjuiciamiento. Olson destaca los inconvenientes que el mantenimiento de esta disposición puede generar, sobre todo de cara a la ratificación de la Propuesta por parte de los Estados⁹⁵⁸.

Cuestión distinta, pero ineludible, es el conflicto entre la asistencia judicial recíproca y los derechos del acusado. Esta figura (la asistencia) es un instrumento a utilizar solo por los Estados. Bassiouni resume de manera muy clara la base de este conflicto, cuya resolución está aún muy lejos de ser conseguida:

⁹⁵⁸ OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, *op. cit.*, p. 339.

“(g) overnments can make exclusive use of evidence they Exchange between themselves and can, subject to their respective laws, deny access by the interested individuals to evidence that they have received from foreign governments, including exculpatory evidence when such individuals are accudes of the commission of a crime⁹⁵⁹”.

El minucioso estudio de las distintas disposiciones que componen esta Convención deja entrever que se trata de un instrumento que combina de manera bastante equilibrada elementos de precaución (dirigidos a la consecución del mayor número de ratificaciones posibles) y elementos de innovación (tendientes a garantizar la erradicación de la impunidad con respecto a los crímenes de lesa humanidad, en un marco de respeto a los derechos humanos). De entre las innovaciones detectadas, la más importante es sin duda la creación del Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias⁹⁶⁰. La función principal de este Fondo es la de ofrecer a todos los Estados el apoyo económico necesario para cumplir con las obligaciones adquiridas mediante la ratificación del Tratado. Sin duda, la existencia de una “reserva económica” de la que pueden disponer los Estados para ejecutar bien la obligación de extraditar bien la obligación de juzgar (en la mayoría de los casos) conforme a los estándares internacionales de derechos humanos es una de las herramientas más importantes para la consecución de los objetivos de esta Convención. La reducción de las desigualdades en las posibilidades de los distintos sistemas judiciales nacionales a la hora de enjuiciar un crimen de lesa humanidad supone dar un paso esencial hacia la democratización del derecho penal internacional. Es más, llevado al extremo, el perfecto funcionamiento de este mecanismo podría llegar incluso a paliar el déficit democrático del que en última instancia está infectada esta rama del derecho a través del rol del Consejo de Seguridad en la CPI⁹⁶¹. Precisamente por este motivo, es

⁹⁵⁹ BASSIOUNI, C., *The Modalities of International Cooperation in Penal Matters*, en *II International Criminal Law*, p. 9, citado en OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, *op. cit.*, p. 339

⁹⁶⁰ Artículo 19. Mecanismos Institucionales. Apartado E: “Los Estados Partes establecerán un Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias administrado por el Comité con el fin de prestar a los Estados Partes la asistencia técnica y el desarrollo de capacidades necesarios para apoyar los esfuerzos por cumplir con las obligaciones que se deriven de la presente Convención”. Sin perjuicio de reconocer su trascendencia, un análisis económico de los derechos de seguridad jurídica excede el ámbito de la presente investigación. Quede aquí simplemente referidos como ejemplo más reciente del rol de la economía en el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales, uno de los argumentos esgrimidos por Senegal para rechazar el enjuiciamiento del ex dictador chadiano que se encontraba en su territorio, Hissène Habré: “(the trial) required substantial funds which Senegal cannot mobilize without the assistance of the international community”. Note Verbale de 21 de febrero de 2007, citado en CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar, Bélgica c. Senegal (Questions relating to the obligation to prosecute or extradite), Sentencia de 20 de julio de 2012, párr. 29.

⁹⁶¹ Véase capítulo VI de esta tesis (apartado 6.1.1.2).

necesario repensar el carácter voluntario de las contribuciones. La aportación económica traduce compromiso con el contenido del Convenio y con los objetivos del mismo. Tratándose de un objetivo tan ambicioso como el de acabar con los paraísos de impunidad en los que puedan esconderse los responsables de la comisión de crímenes contra la humanidad, su consecución no permite progresividad. Es necesario que la red de persecución y garantía del enjuiciamiento se extienda por todos los países y por ende, que todos estén activamente comprometidos con la obligación de extraditar o juzgar en los términos esbozados. El establecimiento de una “contribución obligatoria” (evidentemente progresiva) a este Fondo no solo permitiría contar siempre con fondos suficientes para garantizar un juicio justo en cualquier Estado del mundo sino que sería una muestra de compromiso real con la lucha contra la impunidad en el ámbito de los más atroces atentados contra los derechos humanos. Se desafiarían, con un solo gesto, tanto las limitaciones políticas como las fácticas, que hasta ahora han impedido que el *aut dedere aut judicare* se aplique efectivamente y desarrolle todo su potencial.

Por último, quede aquí anotado que se trata de una Propuesta de Convención que, aunque no admite reservas (artículo 23), reconoce que la configuración del *aut dedere aut judicare* varía de un Estado a otro⁹⁶².

No cabe duda de que la Propuesta aquí analizada representa una importante contribución de cara a colmar uno de los más importantes vacíos jurídico existentes en el derecho penal internacional contemporáneo. Los argumentos que justifican esta afirmación han sido extensamente desarrollados en varios de los artículos que componen la obra en la que la misma se presenta⁹⁶³, pero sus puntos principales han sido inmejorablemente resumidos en el Informe Final de la Reunión de Expertos de abril⁹⁶⁴:

⁹⁶² Nota explicativa 2 del artículo 23: “Se entiende que los sistemas legislativos nacionales varían, que estas variaciones se aplicarán a las modalidades de «aut dedere aut judicare» y que los Estados podrán hacer declaraciones sobre sus respectivos ordenamientos jurídicos y procedimientos nacionales. Ello se aplica particularmente a los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la presente Convención”. La elección de esta fórmula parece apoyar la configuración flexible de la obligación de extraditar o juzgar, defendida por Plachta y sostenida también en este trabajo por su capacidad para responder de forma más eficaz a los retos que la investigación de los crímenes de lesa humanidad puedan plantear en cada caso, minimizando así el riesgo de impunidad.

⁹⁶³ STANTON, G.H., “Why the World Needs and International Convention on Crimes Against Humanity” en *Forging a Convention...op. cit.*, p. 345.

⁹⁶⁴ Crimes Against Humanity Initiative, Final Report of the April Experts’ Meeting, April 12-15 2009, St. Louis, citado en *Forging a Convention...op. cit.*, p. 323.

“(…) most crimes against humanity remain outside the ambit of a universal treaty, unless they involve a situation within the jurisdiction of the International Criminal Court. Even in that case, no provision for State Responsibility exists, and no mechanisms for interstate enforcement are provided for”.

Se ha visto a lo largo del examen que nos ha ocupado en este apartado que la presente Propuesta ofrece soluciones para todas estas cuestiones. Pero como siempre en el ámbito del derecho convencional, el ponerlas en marcha dependerá de la voluntad política que los Estados manifiesten a través de la ratificación del texto. Hasta que llegue el día en que todos los Estados del mundo decidan ratificar esta Convención, pasamos al plan B⁹⁶⁵. En efecto, hay otra fuente de derecho internacional que nos permite dilucidar el carácter obligatorio de esta cláusula alternativa, independientemente de su inclusión en un instrumento convencional: la costumbre internacional. El siguiente apartado está dedicado a su estudio.

⁹⁶⁵ Pasamos a este plan tanto en sentido figurado como literal en tanto que volviendo al primer párrafo de este capítulo que enumeraba las fuentes del derechos internacional recogidas en el artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ, el apartado b) hace referencia precisamente a la costumbre internacional. Quede aquí anotado que en el momento en que se escribe esta tesis, el trabajo del Grupo liderado por Leila Sadat ha comenzado a dar sus primeros frutos. El 30 de julio de 2013, la CDI decidió incluir, mediante votación, el tema de los crímenes contra la humanidad y su desarrollo convencional como parte de su labor a largo plazo. Se espera que las primeras incursiones en esta vasta cuestión tengan lugar a principios de 2014, previo nombramiento de un Relator Especial para el tema. Consultado el 15/08/2013.

CAPÍTULO VIII - EL AUT DEDERE AUT JUDICARE COMO OBLIGACIÓN CONSUETUDINARIA

8.1. El principio como obligación consuetudinaria

8.1.1. La costumbre internacional

Una vez aclarada la cuestión de la naturaleza convencional de la obligación de extraditar o juzgar, en este capítulo se intentará despejar la segunda incógnita, estrechamente vinculada a la primera⁹⁶⁶: ¿es posible otorgar naturaleza de costumbre internacional a la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad⁹⁶⁷?

La determinación de las normas que conforman el derecho internacional consuetudinario representa una de las labores principales de la CDI. Así, las primeras incursiones en esta materia pueden retrotraerse a 1949, con la inclusión del tema

⁹⁶⁶ Así, la constante interacción entre los tratados y la costumbre ha dado lugar a lo que la doctrina se refiere como los tres efectos clásicos de las relaciones entre el derecho convencional y consuetudinario: declarativo, cristizador y generador, descritos originariamente por E. Jiménez de Arechaga. ARECHAGA, E.J., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 17 y ss; Baxter, por su lado, presenta una propuesta sistematizadora desde el punto de vista convencional. Así, distingue entre tratados multilaterales de codificación que declaran el derecho consuetudinario existente en la materia, tratados multilaterales constitutivos de un nuevo derecho consuetudinario que se origina a partir de la aplicación generalizada de dicho tratado y tratados bilaterales que evidencian y aprueban el derecho consuetudinario existente. Citado en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, 4º ed., Thomson Civitas, 2008, p. 210. Consúltense las páginas 211 y ss para una examen más exhaustivo de los supuestos de interacción entre costumbre y tratado. Véase también RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6º ed., Tecnos, 2006, p. 209.

⁹⁶⁷ La estructuración de este capítulo responde a las pautas señaladas por la CDI para el estudio de esta cuestión. Así, El Relator Especial reconoce en el cuarto informe que de entre la fuentes de la obligación de extraditar o juzgar (tratados internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho, la legislación nacional y la práctica de los Estados), “las principales son los tratados internacionales y la costumbre internacional, por ser estas las fuentes de derecho internacional más importantes y las que se aplican con carácter más general. Por lo tanto, el presente informe se limitará a examinar estas dos fuentes de la obligación de extraditar o juzgar (Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc: A/CN. 4/648, párr. 23).

“Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo⁹⁶⁸.

Más de medio siglo después, la CDI sigue inmersa en una lucha por arrojar algo de luz sobre los criterios para determinar la formación de la costumbre. En efecto, en su 63º período de sesiones celebrado en 2011, este órgano decidió incluir el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo a largo plazo. Al año siguiente, en su 64º período de sesiones, trasladó el tema al trabajo actual de la Comisión y nombró Relator Especial a Michael Wood⁹⁶⁹. A fecha de noviembre de 2013, estos trabajos han dado lugar a la publicación de una nota⁹⁷⁰ y un primer informe por parte del Relator Especial que contiene, en esencia, un análisis del alcance del tema y los posibles resultados así como un examen de algunas cuestiones relacionadas con el derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho. También se examinan los diversos enfoques que se han sugerido en relación con la formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario⁹⁷¹.

Tratándose la costumbre de una de las fuentes básicas del derecho internacional, no han faltado autorizadas contribuciones comprensivas de propuestas de principios que guíen

⁹⁶⁸ El examen de este tema dio lugar a un influyente informe, aún citado como referente de autoridad en los trabajos sobre la costumbre internacional. Véase Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950, vol. II, documento A/1316, párrs. 24 a 94.

⁹⁶⁹ Comisión de Derecho Internacional, 64º período de sesiones, Doc: A/CN.4/R.3132.

⁹⁷⁰ Comisión de Derecho Internacional, 64º período de sesiones, Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Nota de Michael Wood, Relator Especial. 30 de mayo de 2012. El calendario provisional para el desarrollo del tema se divide en cinco fases, estando la culminación del trabajo prevista para 2016. De entre las reflexiones preliminares para la consideración del tema, algunas merecen ser citadas. Destacan, entre otras, el posicionamiento a favor de abordar el estudio del tema partiendo de la unidad del derecho internacional como sistema jurídico (párr. 22) y la idea de presentar los resultados de la labor como una serie de “conclusiones” con comentarios para evitar una normatividad excesiva en tanto que lo que se pretende “no es codificar “normas” para la formación del derecho internacional consuetudinario, sino ofrecer orientaciones autorizadas a los encargados de identificar el derecho internacional consuetudinario, incluidos los jueces nacionales e internacionales (...)” (párr. 24). En cuanto las directrices a tener en cuenta para la identificación de la costumbre, el Relator considera que “es probable que las directrices más fiables sobre el tema se encuentren en la jurisprudencia de las cortes y los tribunales, en particular de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Permanente de Justicia Internacional. (...) También podría encontrarse orientación en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, la labor de codificación que realizan las organizaciones no gubernamentales y la doctrina de los especialistas en derecho internacional público. (...) También será necesario abordar cuestiones generales de metodología, por ejemplo, el peso relativo que se otorgue a las investigaciones empíricas sobre la práctica de los Estados en comparación con los razonamientos deductivos.(...)” (párr.18-19).

⁹⁷¹ Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones, Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, presentado por el Sr. Michael Wood, Relator Especial, 17 de mayo de 2013, Doc NU: A/CN.4/663.

su formación. Entre ellas, cabe destacar el *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, que culmina una labor de más de quince años por parte de la Asociación de Derecho Internacional⁹⁷².

En su manual de Derecho Internacional Público, los profesores González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, definen la costumbre como “un modo de formación del derecho de carácter espontáneo, resultante del obrar de los Estados en sus relaciones con otros Estados, esto es, de la práctica internacional⁹⁷³”. Sin embargo, apoyándose en la jurisprudencia de la CIJ, completan esta definición puntualizando que “el carácter obligatorio de la práctica o, si se quiere, la convicción de que ésta es generalmente aceptada como derecho es lo que distingue a una norma consuetudinaria internacional de un simple uso internacional⁹⁷⁴”.

Es frecuente que los estudios que abordan este fenómeno comiencen con una referencia al artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que define la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho⁹⁷⁵. Sin perjuicio de los múltiples matices que rodean a esta figura y sin la pretensión de ahondar aquí en una tema de gran complejidad, extensamente tratado por la doctrina, por riesgo de caer en la superficialidad, queden aquí simplemente recordados de manera esquemática, los dos elementos sobre cuyo carácter configurador de la costumbre parece existir consenso: la

⁹⁷² Se trata de un documento que contiene 33 principios en los que la Asociación trabajó entre 1985 y 2000. Está dividido en 5 partes: la primera aborda las definiciones (principios 1-2), la segunda trata el elemento “objetivo” (principios 3-15), la tercera se encarga del elemento “subjetivo” (principios 16-19), la cuarta se adentra en el rol de los tratados internacionales en la formación de la costumbre internacional (principios 20-27) y la quinta se concentra en la contribución de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de las resoluciones de las conferencias internacionales (principios 28-33). La profundidad y el rigor con el que se enfrentan, de manera desglosada, todos los aspectos relativos a la formación de la costumbre internacional mediante la propuesta de principios acompañados de ricas notas explicativas, hacen de este documento una fuente de obligada consulta para el estudio del derecho consuetudinario. Resolución 16/2000 (Formación del derecho consuetudinario general), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional. Disponible aquí, consultado el 21/08/2013.

⁹⁷³ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional...op cit.*, p. 193.

⁹⁷⁴ *Id.* El asunto al que se refieren los autores es el caso de la Plataforma continental del Mar del Norte, que enfrentó a Alemania con los Países Bajos y Dinamarca en 1969, tratados más adelante en este mismo capítulo.

⁹⁷⁵ Definición criticada entre otros, por Remiro Brotons sobre la base de que la costumbre no es la prueba de la práctica sino su resultado. Así, este autor propone la siguiente definición de la norma consuetudinaria: “(...) norma resultante de una práctica general, constante, uniforme y duradera llevada a cabo por los sujetos del DI y realizada con la convicción de ser socialmente necesaria hasta el punto de ser jurídicamente obligatoria”. REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...op cit.*, p. 503.

práctica de los Estados y la creencia de que esa práctica, en tanto que derecho internacional, obliga jurídicamente: la *opinio iuris*⁹⁷⁶.

Un estudio integral de la costumbre internacional pasa sin duda por aceptar el carácter interrelacional de la misma. La costumbre no se crea en la actualidad solo y exclusivamente a través de la práctica de los Estados, acompañada de la *opinio iuris*⁹⁷⁷. De hecho, según se afirma en los ya citados Principios de Londres, generalmente no es necesario demostrar la concurrencia del elemento subjetivo para afirmar la existencia de la costumbre (PARTE III)⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ Se citan aquí, a título puramente orientativo, los trabajos de los autores de referencia en este campo. nacionales: GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p.193 ; REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...* op. cit. p. 501; Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público...* op. cit., p. 122; Entre los internacionales, por todos, ROBERTS, A.E., "Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation", *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 757-791 y LEPARD, B.D., *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010. También en este sentido se ha pronunciado la CIJ, en casos como el de la Plataforma Continental entre Libia y Malta, CIJ, Plataforma Continental entre Libia y Malta, Sentencia de 21 de marzo de 1984, ICJ Reports, 1985, párr. 27 o el Dictamen de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, CIJ, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, ICJ Reports 1996, párr. 64.

⁹⁷⁷ Algunos autores han constatado la ineludible conexión que existe entre ambos requisitos de la costumbre hasta el punto de hacer de la *opinio iuris* un elemento que es al mismo tiempo prueba y resultado del derecho consuetudinario. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 208: "(...) que siendo insustituible la convicción jurídica para la producción de la costumbre, su existencia y prueba misma se vinculan a la práctica estatal que sirve de base, práctica que debe ser evaluada en cada caso concreto a los fines de precisar si en la misma está implícito el sentimiento de obligatoriedad". Véase también HAGGENMACHER, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de l Cour internationale", *RGDIP*, vol. 90, núm. 5, 1986, p. 114: "En vérité, aucun des deux éléments n'existe comme tel dans les faits historiques censés être à la base d'une règle coutumière concrète....Les deux prétendus éléments n'ont en réalité aucune individualité propre; ils se trouvent inextricablement mêlés au sein d'une "pratique" unitaire. Cette pratique forme pour ainsi dire un seul "élément" complexe, fait d'aspects "matériels" et "psychologiques".

⁹⁷⁸ De esta opinión, MENDELSON, M., "The Formation of Customary International Law", *RCADI*, vol. 72, 1998, pp. 155-410. Tras un detallado análisis de las dos escuelas desde las cuales se puede abordar al estudio del elemento subjetivo de la costumbre internacional (teoría voluntarista que eleva el consentimiento de cada Estado a elemento configurador necesario de la costumbre y la teoría "opinio iuris sive necessitatis", que estima que la creencia de que la conducta en cuestión es legal o necesaria constituye el elemento subjetivo necesario de esta figura), este autor las descarta. Así, sostiene que ninguna de las dos escuelas logra ofrecer un método válido para explicar el rol del elementos subjetivo tanto en la costumbre en creación como en la costumbre ya establecida. En relación a la teoría voluntarista afirma: "I submit, therefore, that the argument that individual consent is a necessary precondition of being bound by a customary rule is based on a logical confusion of the levels of analysis: just because in some senses international law is dependent on State consent does not reduce customary international law to a tacit and informal analogue of treaty law" (pp. 253 y ss). La teoría voluntarista, según el autor, logra explicar el papel del elemento subjetivo en la costumbre emergente en tanto que exige la voluntad del Estado de quedar obligado por una norma aún no cristalizada, mientras que la teoría "opinio iuris" solo logra ofrecer una fórmula para detectar la existencia de una norma consuetudinaria en

En las circunstancias actuales, es ineludible tomar en consideración las aportaciones realizadas a esta realidad por los nuevos actores internacionales, tales como las organizaciones internacionales, las ONGs y las sociedades civiles con personalidad jurídica autónoma.

A los efectos del presente trabajo de investigación, dirigido a la exploración de la posible conformación de este fenómeno en el ámbito procesal penal internacional, también merece una atención especial la interacción entre costumbre y resoluciones de los organismos de Naciones Unidas.

Sirva como punto de partida la sintética explicación de este fenómeno por parte de los citados autores:

“(…) De otra parte, no puede desconocerse que en la hora actual existe una íntima relación entre el comportamiento general de los Estados y el particular en el seno de las N.U., de modo que dicha relación posibilita el hecho de que los actos de las Naciones Unidas pueden constituir, en ciertos casos, elementos importantes en el proceso de formación de la costumbre. En este orden de ideas, ciertos actos adoptados por la Asamblea General de las N.U., cuyo contenido y objeto afectan al ordenamiento internacional general (derechos humanos, situaciones coloniales, uso de la fuerza, relaciones de amistad y cooperación, etc.), puede considerarse que constituyen la expresión del *consensus* general de los Estados miembros, testimoniando la *opinio iuris* de dichos Estados y contribuyendo a la cristalización de la norma consuetudinaria en formación. De otra parte, puede estimarse que un acto emanado de la Asamblea General de las N.U., de idéntico objeto, es susceptible de iniciar el proceso de formación de una

algunos casos de costumbres ya consolidadas: “The concept of *opinio iuris*, as traditionally formulated in terms of the recognition of a right or obligation, is definitively unhelpful to the creation of new rules. For if the the practice is a new one involving a departure from (a breach of) previous law, as with the Truman Proclamation regarding the continental shelf, how can the State concerned possibly entertain the opinion that it is acting in according with the law? (...) Thus, we have found that *opinio iuris* is of only limited utility. When properly explicated, it provides a reason-if one is needed- why certain types of potential precedent do not count, though these cases are better understood if different expressions, such as “claim” and “response” are used. We have also seen that it provides a somewhat tautologous explanation of obedience to established customary rules. But it does not provide a very helpful account of the creation of these rules” (pp. 268 y ss.). A la luz de las carencias en ambas teorías, Mendelson realiza una propuesta alternativa basada en la afirmación de que, en la mayoría de los casos, es innecesario establecer la concurrencia tanto de la *opinio iuris* como del consentimiento, apoyándose para ello en las casuística de la CIJ (pp. 289). P. 290: “(...) it would be perfectly posible to have a rule which says that, if there is a sufficiently widespread practice (which is not disqualified in the ways I have described), then there is a general rule of law binding all States (except persistent objectors); and that if the State or States concerned have individually consented to the rule, they will in any case be bound thereby”.

costumbre, si el contenido de dicho acto es aceptado por los Estados interesados y éstos le dan aplicación en la práctica internacional. La resolución de las N.U. constituye de este modo, el término *a quo* en el proceso de formación de la costumbre. Esta consecuencia, igual que la anterior, es jurídicamente posible si tenemos en cuenta que el proceso de creación del derecho en el sistema internacional, lejos de operar mediante una estricta separación entre sus diferentes manifestaciones (costumbre, tratado, actos de las organizaciones) se halla presidido, por el contrario, por una profunda interacción entre todos los actos que manifiestan el consentimiento del Estado en la práctica internacional⁹⁷⁹.

Así, la exposición de los trazos principales del complejo cuadro de la costumbre internacional nos permite presentar al análisis que se llevará a cabo a continuación para determinar la posible naturaleza consuetudinaria del *aut dedere aut judicare* en relación al crimen de lesa humanidad.

8.1.1.1. Criterios aplicables al análisis consuetudinario. Los Principios de Londres.

Del estudio de la evolución convencional del reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar realizado en la primera parte de este capítulo se puede inferir, al menos en lo referente a los crímenes internacionales, que las relaciones entre tratado y costumbre adquieren, en este ámbito concreto, un peso particular.

Estas relaciones tienen un peso específico también en la formación de la costumbre internacional. En efecto, el elemento objetivo (o práctica de los Estados) se puede inferir aquí del número de Estados que han ratificado los distintos instrumentos, del número de tratados que un concreto Estado ha ratificado, del número de Tratados que incluyen esta cláusula y de la importancia global de estos instrumentos convencionales en el amplio escenario del derecho penal internacional⁹⁸⁰.

⁹⁷⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Curso de Derecho Internacional Público..., *op. cit.*, pp. 195-196.

⁹⁸⁰ ENACHE-BROWN, C. y FRIED, A., "Universal Crime, Jurisdiction and Duty...*op cit.*, pp. 613-633, p. 628-629. Aunque ello no deja de presentar problemas, tal y como reconoce Claire Mitchell, MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International...op cit.*, capítulo 1.3. Customary international law, ratification of treaties and conventions, párr. 31: Given the lack of consistency between the various conventions, it would seem difficult to draw from the number of

Una vez extraídas las conclusiones en el ámbito convencional, en esta sección se intentarán estudiar de la forma más completa posible los distintos elementos de prueba de la costumbre internacional, con el fin de determinar si es posible otorgar esta naturaleza a la cláusula objeto de estudio con respecto al crimen de lesa humanidad.

En primer lugar, se analizarán las resoluciones de los organismos internacionales y tribunales internacionales en tanto que nuevos actores con un papel en la creación del derecho consuetudinario. En segundo lugar, se abordará de manera detallada y sistematizada las manifestaciones de los Estados en todas sus formas, desde la ratificación de tratados a la aprobación de legislación interna y la jurisprudencia, pasando por las manifestaciones verbales y escritas.

En relación a las manifestaciones de los Estados, el tradicional elemento objetivo de la costumbre o práctica de los Estados, se presenta de diversas maneras, siendo la ratificación de los Tratados tan solo una de ellas. La siguiente sección se desarrollará siguiendo el hilo conductor ofrecido por los Principios de Londres, que esbozan un marco teórico a partir del cual llevar a cabo una investigación exhaustiva de la concurrencia del elemento objetivo de la costumbre internacional, desde un enfoque estatal. Queden aquí recogidos algunos de los principios⁹⁸¹ que han determinado la estructura:

“Principio 4: Los actos verbales, y no solo actos físicos, de los Estados pueden ser constitutivos de práctica de los Estados⁹⁸²”.

“Principio 5: Los actos sólo cuentan como práctica si son públicos⁹⁸³”.

conventions containing such a clause, and States willing to be bound by these conventions, a common obligation that is generalizable to all international crimes. Would the obligation that is said to be part of customary international law be the most commonly found (i.e. the Hague Convention), or the lowest common denominator (i.e. limited only to nationals of the requested State and only at the request of the State seeking extradition)? Would the obligation require States to submit the case to prosecuting authorities, or would it be a more onerous obligation to actually prosecute? And where a particular treaty uses a formula other than that which is seen as customary, which formula is said to apply in that case?”

⁹⁸¹ Traducción de la autora.

⁹⁸² Asociación de Derecho Internacional, *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, London Conference (2000), p. 14.

⁹⁸³ *Id.*, p. 15.

“Principio 6: En circunstancias apropiada, las omisiones pueden ser constitutivas de práctica de los Estados⁹⁸⁴”.

“Principio 9: La práctica de los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales del Estado debe ser considerada, atendiendo a las circunstancias, como práctica del Estado⁹⁸⁵”.

Este último principio permite sintetizar el contenido del segundo apartado de esta sección, dedicado a las manifestaciones de los Estados que abarca tanto las declaraciones formales y ratificaciones de instrumentos convencionales por parte de los gobiernos (órganos ejecutivos), como la aprobación de normativa interna que incorpore a la legislación nacional una emergente costumbre internacional (órganos legislativos), así como las sentencias de los tribunales nacionales que apliquen bien el derecho interno, bien el derecho internacional en un sentido coherente con el derecho consuetudinario en formación (órganos judiciales). Resulta también interesante la aclaración que sigue a esta nota en tanto que argumenta cómo solo desde una concepción del derecho consuetudinario como un derecho convencional tácito puede sostenerse que los únicos órganos que pueden crear la práctica de los Estados son aquellos capaces de firmar acuerdos vinculantes en nombre del Estado:

“If one has no a priori attachment to such a theory, there is no reason why the criteria should be so restrictive. As a matter of comparative constitutional law and of legal theory, the State comprises the constituent, legislative, and judicial branches as well as the executive⁹⁸⁶”.

Se aborda también en este comentario, el potencial conflicto entre las posturas de las distintas vertientes del Estado y se sugiere resolver el choque mediante una valoración del peso que debe darse a las manifestaciones de los distintos órganos: “In the ultimate

⁹⁸⁴ *Id.*, p. 15. El ejemplo que se trae a colación en el comentario a este principio es particularmente interesante por su relación con la cláusula procesal objeto de esta investigación: “It is true that, in the “Lotus” case, the PCIJ refused to regard the abstention of States (other than the flag State) from prosecuting for collisions on the high seas as establishing the existence of a rule of customary international law requiring them to refrain. (...) In appropriate circumstances, where there is not the same degree of ambiguity, it seems reasonable to regard abstentions or omissions as examples of State practice: e.g. if a State were to announce its intention to prosecute a foreign diplomat and then, following a protest, abstained from doing so”.

⁹⁸⁵ *Id.*, p. 17.

⁹⁸⁶ *Id.*

analysis, since it is the executive which has primary responsibility for the conduct of foreign relations, that organ's formal position ought usually to be accorded more weight than conflicting positions of the legislature or the national courts⁹⁸⁷”.

En cuanto a la forma en la que se han de materializar estas manifestaciones de posición para llegar a ser constitutivas del elemento objetivo (y/o subjetivo) requerido para la formación de la costumbre, se abordarán, en el siguiente apartado, las manifestaciones orales y escritas en contextos internacionales, la aprobación de legislación interna y la jurisprudencia nacional⁹⁸⁸.

La descripción propuesta en el Principio 12 coincide exactamente con los requisitos enumerados por Mendelson en su citada obra⁹⁸⁹. El autor reconoce que la jurisprudencia de la CIJ ofrece algunas directrices para la delimitación del contenido y alcance de los conceptos de uniformidad⁹⁹⁰ y amplitud⁹⁹¹, pero no se trata de una guía precisa, dato

⁹⁸⁷ *Id.*, p. 18

⁹⁸⁸ La presente clasificación de los medios para determinar la existencia de la costumbre se extrae de la consideración y examen de distintas propuestas por parte de la doctrina. Entre ellas, cabe destacar, por su carácter exhaustivo y claro, la contenida en el manual iusinternacionalista de GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, pp. 359-360: “a) Un primer grupo aparece constituido por los documentos de la correspondencia diplomática de los Estados, en los que se recoge la expresión de su consentimiento respecto de la aceptación o negación de que un determinado comportamiento es conforme a derecho. En este grupo debe incluirse, asimismo, el testimonio aportado por los tratados internacionales, pues en ocasiones un tratado declara que cierta norma recogida en el mismo forma parte del derecho en vigor. (...) Finalmente, este primer grupo de medios de prueba de carácter directo comprende las declaraciones gubernamentales en materias propias de las relaciones internacionales, así como las hechas por los órganos competentes del Estado y sus representantes, en conferencias, en el seno de Organismos internacionales o ante las jurisdicciones internacionales. b) Un segundo grupo incluye los actos de derecho interno, sean de carácter legislativo, administrativo o del poder judicial, en una materia propia de las relaciones internacionales. (...) c) En cuanto medios de carácter colectivo, en un tercer grupo cabe incluir las decisiones judiciales o arbitrales internacionales en las que se ha dado aplicación a las normas consuetudinarias. Así como las resoluciones adoptadas por los órganos de las instituciones internacionales, en particular las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. d) El cuarto grupo, por último, comprende los documentos adoptados por los órganos encargados de la labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, en especial los procedentes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Pues éstos, al proponer nuevas normas o modificaciones de las existentes, suelen partir del derecho en vigor”.

⁹⁸⁹ MENDELSON. M., “The Formation of Customary...*op. cit.*”, p. 218.

⁹⁹⁰ Desarrollado en el Principio 13. “Para que la práctica estatal cree una norma de derecho consuetudinario, ésta tiene que ser uniforme, interna y colectivamente. Con uniformidad “interna” se hace referencia a la necesidad de que el Estado cuyo comportamiento se está considerando, haya actuado en el mismo sentido en prácticamente la totalidad de las situaciones en las que se ha visto envuelto en esta práctica. Con uniformidad “colectiva” se hace referencia a la necesidad de que los distintos Estados no hayan llevado a cabo conductas sustancialmente diferentes, realizando algunos una cosa mientras otros hacen otra”.

que subraya de manera reiterada mediante el recurso a ejemplos de asuntos sobre los que la Corte se ha pronunciado⁹⁹².

“Principio 12: (i) La costumbre internacional general se crea mediante la práctica del Estado de naturaleza uniforme, amplia y representativa. Estos tres requisitos se abordan en las Secciones 13-15. (ii) A pesar de que generalmente transcurrirá algún tiempo antes de que exista práctica suficiente para satisfacer estos criterios, no se exige un período de tiempo determinado”.

Con todo, y en consonancia con los epígrafes que se desarrollan a continuación, esta investigación solo puede aspirar a sistematizar los datos existentes en relación al estado de la práctica estatal y la postura de los tribunales y organismos internacionales respecto a la obligatoriedad de extraditar o juzgar a aquellos presuntos responsables de crímenes contra la humanidad. A falta de criterios matemáticos y ciertos, del análisis holístico de estos datos, se ofrecerán algunas conclusiones de las cuales poder inferir bien la cristalización de esta cláusula, con respecto al crimen de lesa humanidad, en costumbre internacional, o bien la insuficiencia de elementos de prueba para afirmar la cristalización de este principio como costumbre internacional.

⁹⁹¹ Desarrollado en el Principio 14: “(i) Para que una norma general de derecho internacional consuetudinario entre en vigor, es necesario que la práctica de los Estados sea amplia y representativa. Sin embargo, no se requiere que sea universal. (ii) En virtud de las normas sobre la objeción persistente recogidas en el Principio 15 a continuación, para que un Estado específico quede vinculado por una norma general de derecho internacional consuetudinario no es necesario probar que participó activamente en la práctica o que consintió en ella deliberadamente mediante aquiescencia”.

⁹⁹² Particularmente clarificador resulta el siguiente párrafo, en el que el autor explica cómo esta imprecisión, que puede dar lugar a confusión debido a la falta de criterio cierto, responde al carácter informal de este cuerpo normativo: “We lawyers may find this lack of precisión troubling. After all, we know exactly how many votes are needed to adopt legislation, how many to adopt a multilateral treaty, and how many ratifications to bring it into force. More fundamentally, lawyers like certainty. But, as was pointed out in Chapter I, we must remember that customary law is not really like that. One of its distinguishing features is its informality, not to say formlessness. In this respect, customary law is like other informal social rule systems, such as those of fashion. To followers of fashion, numbers are significant, but there is no magic number, the achievement of which means that a fashion has been created or changed. Similarly, in any sort of customary law society (not just the international one), there is no special number that has to be achieved before something becomes a general rule”. (pp. 223-224). Entre los ejemplos a los que alude, cabe destacar el asunto de la Disputa Fronteriza (Burkina Faso/ República de Mali) de 1986 y los casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte de 1969.

8.1.2. Resoluciones organismos internacionales y tribunales internacionales

La norma 11 de los Principios de Londres está dedicada al reconocimiento de la práctica de las organizaciones internacionales como constitutiva del elemento objetivo del derecho consuetudinario. Así establece que “La práctica de las organizaciones intergubernamentales como personas jurídicas autónomas (*in their own right*) es una forma de “práctica del Estado”⁹⁹³”.

En efecto, si bien es cierto que algunas organizaciones intergubernamentales con personalidad jurídica propia como la Secretaría General de Naciones Unidas⁹⁹⁴, tienen la capacidad de realizar actos que contribuyan a la formación del derecho internacional, otras pueden resultar redundantes, como las resoluciones de la Asamblea General que incluyen declaraciones sobre la costumbre internacional⁹⁹⁵.

8.1.2.1. Asamblea General y Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

Al inicio de este capítulo, se ha hecho referencia a los tres efectos clásicos de las relaciones entre el derecho convencional y consuetudinario: efecto declarativo, generador y cristalizador. La doctrina⁹⁹⁶ y la jurisprudencia internacional⁹⁹⁷ atribuyen a las resoluciones de la Asamblea General los mismos efectos..

⁹⁹³ Asociación de Derecho Internacional, *London Statement of Principles... op cit.*, p. 19.

⁹⁹⁴ En la nota que sigue a este principio se alude a la remisión hecha por la CIJ en el asunto de las Reservas al Convenio sobre Genocidio, a la práctica depositaria del Secretario General de Naciones Unidas y se tienen en cuenta las actividades militares de la organización en tanto que contribuyen a la formación de la costumbre internacional en relación a la conducta durante los conflictos armados.

⁹⁹⁵ Se aclara en el comentario al principio que estas declaraciones son en realidad actos verbales realizados por los Estados miembros del órgano y que por ende, tratar la resolución en sí misma como un elemento de práctica diferenciado de las votaciones y declaraciones previas a la resolución resultaría redundante.

⁹⁹⁶ Sólo en el ámbito nacional, véanse, entre otros, REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...op. cit.*, p. 548; PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, XIV Ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 150-151; DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional...op. cit.* pp. 213. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público...op cit.*, pp. 130-133. A nivel internacional, los Principios 28-33 de la Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación de la Costumbre Internacional

La fundamentación de esta atribución ha sido expuesta de manera exquisita por el Profesor Remiro Brotóns: “Estamos ante un órgano plenario de naturaleza política, en el que tienen voz y voto los representantes de la práctica totalidad de Estados que componen la sociedad internacional actual (amén de la participación de otros actores con status diverso) con competencias generales que pueden cubrir cualquier asunto o cuestión dentro de los amplios márgenes constitucionales de la Carta (arts. 10 a 14) y, entre ellas, la específica de impulsar el desarrollo progresivo del DI y su codificación (art. 13.1.a). ¿Qué más puede pedirse para afirmar que la AG es un excelente receptáculo de opiniones políticas y crisol de una voluntad colectiva sobre los principios y normas que rigen o han de regir las relaciones internacionales? (...) Ha de entenderse, por consiguiente, que una resolución de la AG puede ser la expresión o contribuir a la formación de una norma consuetudinaria y, al mismo tiempo, constituir la prueba del estado de cualquiera de sus elementos constitutivos: práctica y *opinio iuris*, pues no cabe duda de que la Asamblea es un excelente termómetro que permite, rápida y eficazmente, la medición de ambos⁹⁹⁸”.

Evidentemente, el peso de estas resoluciones en la formación de la costumbre internacional dependerá de varios factores (naturaleza y contenido de la resolución, práctica precedente y subsiguiente,...). El análisis de 5 resoluciones pertinentes en relación con la cristalización del *aut dedere aut judicare* como costumbre internacional, se abordará exclusivamente desde el criterio del apoyo recibido en el momento de su adopción a través de la votación⁹⁹⁹.

La **Resolución 2312** de 14 de diciembre de 1967 (Declaración sobre asilo territorial) de 1967, aprobada por consenso, es citada por los defensores de la naturaleza consuetudinaria de la cláusula procesal, como el primer reconocimiento internacional de

General 28-33 son de obligada consulta, promulgados tras 15 años de trabajo de la Asociación de Derecho Internacional.

⁹⁹⁷ Véase, entre otros, los siguientes asuntos ante la CIJ: Actividades militares y paramilitares en y en contra Nicaragua, 1986, Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado, 1996 o Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 2004.

⁹⁹⁸ REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...op. cit.*, p. 549.

⁹⁹⁹ En los casos en los que esto sea posible ya que la mayor parte de las Resoluciones de la AG se aprueban mediante consenso.

una obligación consuetudinaria de extraditar o juzgar a los presuntos autores de crímenes contra la humanidad como medio para asegurar que no encuentren refugio en ningún territorio. Se trata de una resolución formulada en términos de recomendación, en tanto que el tenor literal del artículo 1.2 de esta Declaración reza como sigue:

“La Asamblea General (...)

Recomienda que, (...), los Estados se inspiren, en su práctica relativa al asilo territorial, en los principios siguientes:

No podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de éste ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos¹⁰⁰⁰.”

Cuatro años más tarde, la Asamblea General aprobaba la **Resolución 2840**, que abordaba, mediante votación, la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hubieran cometido crímenes de lesa humanidad. De los 132 Estados que formaban parte de las Naciones Unidas en ese momento, 71 votaron a favor, ninguno votó en contra, 42 se abstuvieron y hubo 19 Estados que no votaron. Para inferir el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar del texto de la misma, es preciso realizar una interpretación conjunta de 3 de los 5 apartados que componen la resolución:

“La Asamblea General

(...)

1. *Urge* a todos los Estados a cumplir las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y a adoptar medidas conformes con el derecho internacional para combatir y prevenir los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como también para asegurar el

¹⁰⁰⁰ AG, RES 2312, Doc NU: A/RES/2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967 (Declaración sobre el Asilo Territorial). Sin embargo, puntualiza Scharf, citando los minutos originales del debate de esta resolución, que “la mayoría de los miembros enfatizó que el borrador de declaración bajo consideración no estaba dirigido a la promulgación de normas legales o a cambiar las normas de derecho internacional existentes, sino al establecimiento de amplios principios morales y humanitarios sobre los que los Estados habrían de basarse con el fin de intentar unificar sus prácticas en relación a la cuestión del asilo”. SCHARF, M. P., “From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 63, 2006, pp. 339-377, p. 362, citando la Declaración de Asilo Territorial, 1967 U.N.Y.B. 758, 759, U.N. Sales No. E.68.I.1.

castigo de todos los culpables de tales crímenes, incluida su extradición a los países en que los cometieron.

2. *Urge además* a todos los Estados a cooperar entre sí, especialmente en la reunión y transmisión de información que pueda contribuir a la identificación de las personas culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, y a su detención, extradición, enjuiciamiento y castigo;

(...)

4. *Afirma* que la negativa de un Estado a cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas de derecho internacional universalmente reconocidas¹⁰⁰¹”.

El 3 de diciembre de 1973, la AG, aún con mayor apoyo, aprueba la **Resolución 3074**, sobre los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. Si bien es cierto que la obligación de extraditar o juzgar no está formulada aquí en términos inequívocos y que, para lograr inferirla, es necesario realizar una interpretación conjunta y no literal del texto de la Resolución, deben subrayarse aquí 3 de los 9 principios que componen la resolución y que son fundamentales para deducir el reconocimiento de la obligación alternativa en el texto:

“1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. (...)

6. Los Estados cooperarán mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento de las personas a que se refiere el párrafo 5 supra e intercambiarán tales informaciones.

¹⁰⁰¹ AG, RES 2840, Doc NU: A/RES/2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971 (Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad).

7. De conformidad con el artículo 1 de la Declaración sobre el Asilo Territorial de 14 de diciembre de 1967, los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad¹⁰⁰²”.

Las alusiones al carácter extraterritorial de la jurisdicción competente (“dondequiera”) junto con la prohibición de otorgar asilo por remisión a la Resolución 2311, proporcionan elementos suficientes para inferir la citada cláusula, si bien es cierto que para ello ha de recurrirse a una interpretación teleológica y conjunta de los citados apartados.

En 1992 y en un contexto de preocupación por la creciente incidencia de casos de desapariciones forzadas, la AG promulga, de manera consensuada, la **Resolución 47/133**. Su artículo 14 incorpora la obligación de extraditar o juzgar como mecanismo procesal de lucha contra la impunidad en el ámbito de este grave fenómeno, y reza como sigue:

“Los presuntos autores de actos de desaparición forzada en un Estado, cuando las conclusiones de una investigación oficial lo justifiquen y a menos que hayan sido extraditados a otro Estado que ejerce su jurisdicción de conformidad con los convenios internacionales vigentes en la materia, deberán ser entregados a las autoridades civiles competentes del primer Estado a fin de ser procesados y juzgados. Los Estados deberán tomar las medidas jurídicas apropiadas que tengan a su disposición a fin de que todo presunto autor de un acto de desaparición forzada, que se encuentre bajo su jurisdicción o bajo su control, sea sometido a juicio¹⁰⁰³”.

Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996

¹⁰⁰² AG, RES 3074, Doc NU: A/RES/3074 (XXVI) de 3 de diciembre de 1992 (Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad).

¹⁰⁰³ AG, RES 47/133, Doc NU: A/RES/47/133 (XXVI) de 18 de diciembre de 1992 (Declaración sobre la protección de todas las personas sontra las desapariciones forzadas).

La AG realmente no ha adoptado este Proyecto, sino que ha reconocido el trabajo de la CDI y ha invitado a los gobiernos a hacer comentarios y observaciones (Res 51/160 de 1996). El artículo 9 recoge una obligación de extraditar o juzgar en caso de delitos fundamentales. En el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de la Sesión 64 (2012), se recogió que una de las cuestiones discutidas había sido la conveniencia de estudiar la práctica estatal “para ver si existía una norma consuetudinaria que reflejara la obligación general de extraditar o juzgar en el caso de determinados delitos, o si dicha obligación era un principio general del derecho.(...) También se sugirió que la labor podía centrarse en delitos fundamentales previstos en derecho internacional (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, etc) y en su relación con la obligación de extraditar o juzgar, a fin de cubrir cualquier laguna existente en el derecho sobre la responsabilidad penal individual. No obstante, otros miembros pusieron en duda la utilidad de dicha tarea. Con respecto a los delitos fundamentales previstos en del derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las vulneraciones graves del derecho internacional humanitario, se dijo que tal ejercicio sería vano ya que Comisión había concluido, en 1996, el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuyo artículo 9 contiene ya una obligación de extraditar o juzgar en el caso de los delitos fundamentales¹⁰⁰⁴”.

Esta afirmación fue contestada con argumentos que se confirman en esta investigación a la luz de los resultados del análisis realizado:

“(...) cuando la Comisión estaba elaborando el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en 1996, la aprobación de los artículos 8 y 9 de dicho código parecía haber estado impulsada por la necesidad de contar con un sistema efectivo de tipificación y procesamiento más que por la intención de evaluar la práctica estatal y la doctrina existentes¹⁰⁰⁵”.

Sin embargo, es preciso reconocer que si el Proyecto de Código (y por ende sus artículos 8 y 9) fuese, en relación a esta concreta cuestión, “una codificación del

¹⁰⁰⁴ Comisión de Derecho Internacional, Informe del 64º período de sesiones (2012), Doc NU: A/67/10, párr. 210.

¹⁰⁰⁵ *Id.*, párr. 211.

derecho internacional consuetudinario que imperaba en 1996¹⁰⁰⁶”, siendo por tanto aplicables, no solo a los Estados parte en el proyecto sino a todos los Estados, habríamos contestado a la pregunta objeto de esta tesis con una simple referencia a un instrumento de derecho internacional preexistente que ya recogía la obligación de extraditar o juzgar con respecto de los crímenes de lesa humanidad¹⁰⁰⁷.

Por último, en 1997 y siempre en el ámbito de las subcategorías de crímenes de lesa humanidad, la **Resolución 51/60** promulga una serie de artículos a través de los cuales pretende la adopción, por parte de los Estados, de medidas eficaces para luchar contra las graves manifestaciones de la delincuencia organizada, uno de cuyos subtipos es la trata de personas. Entre las herramientas propuestas, la Resolución, adoptada mediante consenso, incluye, en su artículo 3, la obligación de extraditar o juzgar en los siguientes términos: “Los Estados Miembros adoptarán medidas para impedir que las operaciones de las organizaciones delictivas reciban apoyo en sus territorios nacionales. Los Estados Miembros ofrecerán, en la medida más plena posible, la posibilidad de proceder efectivamente a la extradición o el enjuiciamiento de quienes estén involucrados en graves delitos transnacionales a fin de que no encuentren refugio seguro¹⁰⁰⁸”.

Por otro lado, las resoluciones del Consejo de Seguridad, a pesar de su carácter imperativo cuando se dictan en aplicación del Capítulo VII, no pueden, en ningún caso, ser reconocidas como fuente de la costumbre internacional, en tanto que reflejo de una

¹⁰⁰⁶ Curiosamente, es el Relator Especial para la obligación de extraditar o juzgar el dueño de estas palabras, probablemente pronunciadas desde el enfoque descriptivo al que le forzaba el estadio inicial de la investigación. Sin perjuicio de reconocer que la inclusión de la referida obligación en este Proyecto representó una importante contribución y un indicio positivo hacia la consolidación de la naturaleza consuetudinaria de la obligación, no puede reconocérsele el peso de ser la prueba concluyente. Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. NU: A/CN.4/571, párr. 2.

¹⁰⁰⁷ Véase el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Doc. NU: A/CN.4/SER.A/1994, vol. II (segunda parte), párr.142.

¹⁰⁰⁸ AG, Res. 51/60, Doc UN: A/RES/51/60 de 28 de enero de 1997 (Declaración de las Naciones Unidas sobre el delito y la seguridad pública). Además de estos documentos, existen algunas Resoluciones de la Asamblea General en las que se exige que los autores de delitos de derecho internacional humanitario sean llevados ante la justicia en casos como el de los países siguientes y, aunque no reconocen propiamente la obligación de extraditar o juzgar, obligan a los Estados a garantizar que los responsables de las más grandes violaciones de derechos humanos no se verán beneficiados por la impunidad: Iraq (resolución 54/178, de 17 de diciembre de 1999, párr. 3, apartado d)), República Democrática del Congo (resolución 54/179, de 17 de diciembre de 1999, párr. 3, apartado d)), Haití (resolución 54/187, de 17 de diciembre de 1999, párr. 8) y Rwanda (resolución 54/188, de 17 de diciembre de 1999, párr. 8).

opinio iuris que podría, a falta de la práctica de los Estados, sustituirla¹⁰⁰⁹. Otra cosa es que, en palabras de Remiro Brotons, “se consideren las decisiones del Consejo en el marco general de la determinación de los elementos indicativos de la existencia, contenido y oponibilidad de una norma general, como ha hecho la CIJ en alguna ocasión (así en Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 2004)¹⁰¹⁰”.

Es precisamente desde esta perspectiva desde la que se realiza una breve referencia a algunas resoluciones del Consejo de Seguridad que pueden resultar de interés en el contexto descrito. Conviene aclarar que no se han encontrado resoluciones que se refieran expresamente a la obligación de extraditar o juzgar. Los pronunciamientos relevantes se limitan a aludir a uno de los dos componentes de la obligación, la de juzgar, con algunas referencias a la exigencia de cooperación para garantizar la eventual obligación de entrega al tribunal internacional *ad hoc*. Por ende, aunque estamos ante documentos que expresan un compromiso con la erradicación de la impunidad, se citan aquí a modo contextualizador, ya que la influencia que pueden tener en la cristalización del principio como costumbre, tanto por la forma como por el contenido, es prácticamente nula.

Así, entre los ejemplos que pueden traerse a colación, encontramos la Resolución 978 de 1996, dictada un año después del establecimiento del TPIR que “insta a los Estados en cuyo territorio se hayan producido actos de violencia dentro de campamentos de refugiados a que arresten y detengan, (...) a las personas contra las cuales haya pruebas suficientes (...) y a que entreguen a esas personas a las autoridades competentes a los fines de su enjuiciamiento¹⁰¹¹”. Otras resoluciones que inciden en la importancia de enjuiciar a los responsables de las más graves violaciones del derecho internacional incluyen la **Resolución 1318** de 7 de septiembre de 2000 (Sección VI)¹⁰¹², la

¹⁰⁰⁹ CORTEN, O., “La participation du Conseil de sécurité à l’élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières”, *Revue Belge de Droit International*, 2004, p. 552, pp.562-566. Este autor señala además que en caso de que esto se planteara como resultado del desarrollo progresivo de las fuentes de la costumbre internacional, sería necesario considerar todas y cada una de las reacciones de los Estados a una concreta Resolución del Consejo que quisiera arrogarse este efecto. Véase también GOWLLAND-DEBBAS, V., “The Limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of the UN Peace Maintenance,” *EJIL*, vol. 11, núm. 2, 2000, pp. 361-383, p. 377.

¹⁰¹⁰ REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...op. cit.* p. 549.

¹⁰¹¹ C°S, Res 978, Doc NU: S/RES/978 de 27 de febrero de 1995.

¹⁰¹² C°S, Res 1318, Doc NU: S/RES/1318 de 7 de septiembre de 2000.

Resolución 1120 de 14 de julio de 1997, en virtud de la cual el Consejo insta al Gobierno de Croacia a que aplique la ley de amnistía con justicia y objetividad, estudiando las violaciones graves de derecho internacional humanitario que no abarca la amnistía¹⁰¹³, y la **Resolución 1325** de 31 de octubre de 2000, cuyo párrafo 11 “*Subraya* la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas y, a este respecto, *destaca* la necesidad de excluir esos crímenes, siempre que sea viable, de las disposiciones de amnistía;¹⁰¹⁴”.

Si bien es cierto que el ámbito sustantivo de este trabajo está circunscrito al crimen de lesa humanidad, un recorrido por las resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad en el ámbito del terrorismo internacional resulta de utilidad, aunque no deja de poner de manifiesto la influencia política y los intereses de determinados Estados en la evolución de la práctica internacional.

Sin perjuicio de que la mayor parte de los instrumentos internacionales reguladores del terrorismo incorporan la referida cláusula alternativa, interesa, a efectos de la presente tesis, destacar que un gran número de resoluciones dictadas por este órgano hacen referencia al carácter imperativo del *aut dedere aut judicare*¹⁰¹⁵.

Por último, en relación con el crimen de piratería, el Consejo de Seguridad ha adoptado algunas medidas que, en palabras del Profesor Marín Castán, “se encaminan a facilitar la investigación y enjuiciamiento de los responsables de las acciones piratas y, en su caso, hacerles cumplir la pena¹⁰¹⁶”.

¹⁰¹³ CºS, Res 1120, Doc NU: S/RES/1120 de 14 de julio de 1997.

¹⁰¹⁴ CºS, Res 1325 (2000), Doc NU: S/RES/1325 (2000) de 31 de octubre de 2000.

¹⁰¹⁵ Entre otras, véase la Resolución 1267(1999), Talibanes protegiendo a Bin Laden: “(El Consejo de Seguridad) Exige que los talibanes entreguen sin más demora a Usama bin Laden a las autoridades competentes de un país donde haya sido objeto de un auto de acusación o a las autoridades competentes de un país a donde haya de ser devuelto o a las autoridades competentes de un país donde sea detenido y enjuiciado”; Resolución 1269 (1999). Recomendaciones e instancias generales: “Hace un llamamiento a todos los Estados para que, entre otras cosas, en el contexto de esa cooperación y coordinación, adopten medidas apropiadas para: (...) Denegar refugio a quienes planifiquen, financien o cometan actos terroristas, velando por que sean detenidos y procesados o extraditados”; Resolución 1456 (2003). Condena del terrorismo y exhortos generales: “3. Los Estados tienen que llevar ante la justicia a quienes financien, planeen, apoyen o cometan actos terroristas o proporcionen refugio seguro, de conformidad con el derecho internacional y en especial basándose en el principio de extradición o enjuiciamiento”. Para un repaso exhaustivo de las resoluciones de la Asamblea General en materia de terrorismo véase el Anexo IV de MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*

¹⁰¹⁶ MARÍN CASTÁN, F., “La piratería com crimen internacional”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 160, 2013, p. 143. Este autor se refiere en concreto a la Resolución 1816 de 2 de junio de 2008, que en su

8.1.2.2. Tribunales *ad hoc*, la estrategia de conclusión y la regla 11 *bis*

El presente apartado puede resultar inicialmente un poco *fuori luogo* ya que no busca aportar ulteriores datos de análisis para responder a la pregunta de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar. Lo que esta sección pretende es dar contenido al fundamento mismo de la cláusula alternativa a través del estudio de la justificación de lo que puede denominarse la atribución de jurisdicción “a la inversa”, es decir, la remisión a tribunales domésticos de casos de crímenes internacionales por parte de los tribunales internacionales *ad hoc*. Se pretende así apuntalar la legitimidad de los tribunales nacionales como órganos preferentes para conocer de las más graves violaciones de derechos humanos, mediante el análisis del fundamento jurídico de la famosa Regla 11 *bis*, aprobada en el epicentro de la estrategia de conclusión del TPIY y del TPIR.

La estrategia de conclusión es el fruto del trabajo de un grupo de expertos nombrado por el Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, a finales de los 90, para estudiar la manera de mejorar la eficiencia de los tribunales internacionales *ad hoc*. La estrategia, dirigida a completar el mandato de estos tribunales contribuyendo eventualmente al cierre de los mismos, estaba dividida en tres fases. En primer lugar, los Fiscales no abrirían investigaciones nuevas a partir del 31 de diciembre de 2004, con el objetivo de terminar todos los juicios antes del 31 de diciembre de 2008 y todas las apelaciones

párrafo 11, “*Exhorta* a todos los Estados, y en particular a los Estados del pabellón, del puerto y ribereños, a los Estados de nacionalidad de las víctimas y los autores de actos de piratería y robo a mano armada, y a otros Estados que tengan la jurisdicción pertinente en virtud del derecho internacional y la legislación nacional, a que cooperen para determinar la jurisdicción, y en la investigación y el enjuiciamiento de las personas responsables de actos de piratería y robo a mano armada frente a la costa de Somalia, en forma compatible con el derecho internacional aplicable, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y a que brinden asistencia mediante, entre otras cosas, la prestación de asistencia logística y para la entrega de las personas que estén bajo su jurisdicción y control, como las víctimas y los testigos y las personas detenidas como resultado de las operaciones ejecutadas con arreglo a la presente resolución”. C°S, Res 1816 (2008), Doc NU: S/RES/1816 (2008) de 2 de junio de 2008. Para un detallado estudio de las Resoluciones del Consejo de Seguridad que contienen la obligación de juzgar en relación a los crímenes de guerra en el marco del derecho internacional humanitario véase el apartado VI. “United Nations” de la práctica relativa a la Regla 158 (Enjuiciamiento de crímenes de guerra) del proyecto de investigación acerca de la naturaleza consuetudinaria del derecho internacional humanitario realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible aquí, consultado el 27/09/2013.

antes del 31 de diciembre de 2010¹⁰¹⁷. En segundo lugar, el tribunal se concentraría en enjuiciar a los responsables políticos y militares de más alto rango por violaciones graves del derecho internacional humanitario y por último, todos los casos que involucrasen a acusados de nivel medio o bajo serían remitidos a tribunales nacionales para su enjuiciamiento¹⁰¹⁸. A efectos de esta investigación, es esta tercera fase la que interesa traer a colación, y en concreto, el mecanismo procesal utilizado para materilizarla: la regla 11 *bis*.

La regla 11 *bis* forma parte de las Reglas de Procedimiento y Prueba que regulan el proceso en ambos tribunales y han sido modificadas en tres ocasiones, la última en 2005. En el año 2002, la primera modificación permitió la remisión de los casos bajo la jurisdicción del TPIY a los tribunales domésticos. En junio de 2004, se articula una nueva reforma de gran trascendencia de cara al análisis del fundamento de la jurisdicción aquí realizado: se amplía el elenco de Estados potencialmente receptores de casos mediante remisión. El apartado ii incorpora expresamente a este nuevo grupo al “Estado en el que el presunto autor ha sido arrestado”, mientras que el apartado iii alude al “Estado que, gozando de jurisdicción, tenga la capacidad y la voluntad de aceptar el caso¹⁰¹⁹”.

¹⁰¹⁷ Este objetivo, evidentemente no ha sido alcanzado ya que aún a día de hoy, 2 de noviembre, hay casos pendientes ambos tribunales, TPIY y TPIR, tanto en primera instancia como en apelación. Lista de casos consultada el 28/09/2013. Disponible aquí para el TPIR y aquí, para el TPIY.

¹⁰¹⁸ Este plan de tres fases fue aprobado por el Consejo de Seguridad, tanto para el TPIY como para el TPIR, mediante la Resolución 1503 de 18 de agosto de 2003 y la Resolución 1534 de 26 de marzo de 2004. Para una descripción estructurada de su contenido, véase MUNDYS, D., “Completing the mandates of the *ad hoc* international criminal tribunals: lessons from the Nuremberg process?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 28, 2004-2005, p. 591, p. 601.

¹⁰¹⁹ Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, Regla 11 *bis*, A. Versión actualizada del 22 de mayo de 2013, disponible aquí, consultada el 18/09/2013. Traducción de la autora. Texto original: “After an indictment has been confirmed and prior to the commencement of trial, irrespective of whether or not the accused is in the custody of the Tribunal, the President may appoint a bench of three Permanent Judges selected from the Trial Chambers (hereinafter referred to as the “Referral Bench”), which solely and exclusively shall determine whether the case should be referred to the authorities of a State:

(i) in whose territory the crime was committed; or

(ii) in which the accused was arrested; or
(Amended 10 June 2004)

(iii) having jurisdiction and being willing and adequately prepared to accept such a case,
(Amended 10 June 2004)

so that those authorities should forthwith refer the case to the appropriate court for trial within that State.

Es importante subrayar que, en línea con la argumentación desarrollada en el primer capítulo de esta tesis acerca de la necesidad de consolidar un modelo procesal y extradicional que respete los estándares mínimos de derechos humanos, el apartado B de esta Regla, exige que la Sala esté suficientemente convencida de que el acusado recibirá un juicio justo y no será condenado a muerte por los tribunales del Estado al que remitan el caso¹⁰²⁰.

Hay varios aspectos de esta disposición que merecen especial atención. Por un lado, el reconocimiento individualizado de la presencia del acusado en el territorio como criterio válido de atribución de competencia jurisdiccional representa un apoyo importante a la fundamentación de la obligación de extraditar o juzgar como cláusula procesal que ha de llenar el vacío de impunidad en relación con los más graves crímenes internacionales. Estamos aquí ante un instrumento regulador de dos tribunales penales internacionales, establecidos para conocer de las más graves atrocidades cometidas en Ruanda y en la Antigua Yugoslavia, que positiviza que, a la hora de remitir estos casos penales a jurisdicciones domésticas, la presencia del acusado en el territorio es un criterio tan válido para su elección como el principio de competencia territorial o cualquier otro título habilitante de la jurisdicción en virtud del cual el Estado sea competente¹⁰²¹. Por otro lado, uno de los objetivos de la Regla 11 *bis* es precisamente el de potenciar el rol de las jurisdicciones nacionales en la investigación y enjuiciamiento de estos

(Amended 30 Sept 2002, amended 11 Feb 2005)”.

¹⁰²⁰ *Id*, apartado B: “The Referral Bench may order such referral proprio motu or at the request of the Prosecutor, after having given to the Prosecutor and, where applicable, the accused, the opportunity to be heard and after being satisfied that the accused will receive a fair trial and that the death penalty will not be imposed or carried out”.

¹⁰²¹ En estos términos se pronuncia el apartado iii del la Regla 11 bis A, incorporando así una norma penal en blanco que, entre otras cosas convierte la referencia expresa a la jurisdicción en virtud de la presencia en el territorio en redundante, a menos que a través de la misma se quisiera subrayar la sutil diferencia entre el principio de jurisdicción universal este criterio de atribución competencial. Si bien es cierto que la Fiscalía ha afirmado en repetidas ocasiones que el orden de enumeración de los criterios jurisdiccionales denota una jerarquía, tanto la doctrina como el propio tribunal han rechazado esta idea. BEKOU, O., “Rule 11 bis: an examination of the process of referral to national courts in the ICTY jurisprudence”, *Fordham International Law Journal*, vol. 33, 2009-2010, p. 723, p.753: “The various options in Rule 11 bis (A) are listed in the alternative. The territorial state may be mentioned first, but there is no indication that this should be chosen to the exclusion of the other two options. (...) Although the bench recognized the importance of the territoriality principle, the judges concluded that there is no established priority assigned to territoriality”.

crímenes¹⁰²². También es importante resaltar, a fin de evitar inferir conclusiones erróneas acerca del alcance del apoyo de los tribunales *ad hoc* a la consolidación del *aut dedere aut judicare*, que la remisión de los casos a los tribunales nacionales es una facultad y no una obligación¹⁰²³. Sin embargo, el minucioso análisis del funcionamiento de la Regla 11 *bis* realizado por la iusinternacionalista Olympia Bekou, invita a una reflexión acerca de la posibilidad de convertir la remisión al Estado de custodia (Estado del territorio en el que se halla el presunto responsable) en una orden de obligado cumplimiento emitida por el Consejo de Seguridad, que, en este caso, sería expresión de una defensa casi violenta de la vigencia y aplicabilidad de la obligación de juzgar (o extraditar?) por parte del Estado que halle al presunto responsable en su territorio:

“Interestingly, Rule 11 bis (a) (ii) does not require an examination into whether the custodial State would be willing to try the person, nor whether its legal system would be able to accept the case. From a practical perspective, there may not be national legislation granting jurisdiction on the basis of custody or even criminalizing the acts in question. Yet, if referred, the State would have to accept the indictment and proceed with trial because the ICTY is a creation of the Security Council acting under Chapter VII of the UN Charter, which renders its decisions binding on all UN member states¹⁰²⁴”.

En la práctica, los órganos de remisión (referral bench) de ambos tribunales han optado por un enfoque bastante conservador, aplicando, a petición de la Fiscalía, el principio de territorialidad a la casi totalidad de las remisiones¹⁰²⁵.

¹⁰²² *Id.*, pp. 728-729. Con este mismo objetivo se ha creado recientemente, también en el marco de la estrategia de conclusión la “Hague Branch of the Mechanism for International Criminal Tribunals (MICT or Mechanism)”. Se trata de una nueva herramienta que busca por un lado, contribuir a llevar los procedimientos ya abiertos en ambos tribunales *ad hoc* a su fin y por otro, dar asistencia a las jurisdicciones nacionales como prueba del apoyo a un mayor protagonismo de las jurisdicciones domésticas en la investigación y enjuiciamiento de las más graves violaciones de derechos humanos. Véase <http://ilawyerblog.com/mechanism-for-international-criminal-tribunals-begins-work-in-the-hague/>.

¹⁰²³ *Id.*, p. 735.

¹⁰²⁴ *Id.*, pp. 755-756.

¹⁰²⁵ La única excepción es el caso de Vladimir Kovacevic. Ver TPIY, Fiscal c. Vladimir Kovacevic, caso núm. IT-01-42/2-I, Auto sobre la remisión del caso en aplicación de la regla 11 bis con Anexos Confidenciales y Parcialmente Ex Parte de 17 de noviembre de 2006, párr. 24. En este caso, el órgano de remisión remite el caso a Serbia a solicitud de la Fiscalía, en aplicación del principio de personalidad pasiva, reforzado por la presencia del acusado en el territorio de Serbia y el perjuicio que sufriría su salud mental en caso de traslado a otro centro médico. En el caso del TPIR, el caso de Laurent Bucybaruta fue

Una de las críticas de las que es objeto esta regla afecta a la legitimidad del órgano creado para decidir las remisiones (“referral bench”), ya que se trata de un órgano cuya creación y funcionamiento se regulan exclusivamente en la propia regla 11 *bis* de las Reglas de Procedimiento y Prueba, sin que el Estatuto de ninguno de los dos tribunales se refiera a él¹⁰²⁶.

A nivel de derecho sustantivo, la remisión también presenta algunos inconvenientes. Así, por ejemplo, en el ámbito del crimen internacional objeto de esta investigación (crimen de lesa humanidad), la falta de incorporación de este tipo a la legislación de la Ex Yugoslavia, aunque ya subsanada en las acusaciones realizadas por Bosnia, ha determinado que algunos de estos crímenes hayan tenido que ser reconducidos y calificados como crímenes de guerra para poder ser enjuiciados¹⁰²⁷.

A día de hoy, el TPIY ha remitido un total de 13 acusados a jurisdicciones domésticas¹⁰²⁸, fundamentalmente a la Cámara para crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina, mientras que en el caso del TPIR son 5 los acusados cuyos casos han sido remitidos a los tribunales nacionales de Ruanda y Francia¹⁰²⁹.

Los fundamentos jurídicos y de política internacional que subyacen a estos números, a pesar de no ser fuente directa de la naturaleza jurídica de esta cláusula alternativa, contribuyen a dotar de contenido, al menos desde el punto de vista de la justificación, al DI en este ámbito.

remitido a Francia en aplicación del principio de la presencia del acusado en el territorio. TPIR, Fiscal c. Laurent Bucybaruta, caso núm. ICTR-2005-85-I, Auto sobre la remisión de la acusación contra Laurent Bucybaruta a Francia a petición de la Fiscalía de 20 de noviembre de 2007, párrs. 16-17. Lo mismo ocurrió en el caso de Wenceslas Munyeshyaka. TPIR, Fiscal c. Wenceslas Munyeshyaka, caso núm. ICTR-2005-87-I, Auto sobre la remisión de la acusación contra Wenceslas Munyeshyaka a Francia a petición de la Fiscalía de 20 de noviembre de 2007, párrs. 16-17

¹⁰²⁶ BEKOU, O., “Rule 11 bis: an examination of the process of referral...*op. cit.*”, pp. 731-732.

¹⁰²⁷ Véase por ejemplo, el caso de Ademi y Norac. Acusación contra Rahim Ademin y Mirko Norac, br. K-DO-349/05, 22 de noviembre de 2006.

¹⁰²⁸ Información extraída de la página oficial del TPIY, disponible aquí, consultada el 18/09/2013. Véase también el último informe sobre la estrategia de conclusión del TPIY para el Consejo de Seguridad del 23 de mayo de 2013 (S/2013/308). Disponible aquí, consultado el 28/09/2013.

¹⁰²⁹ Información extraída de la página oficial del TPIR, disponible aquí, consultada el 28/09/2013. Véase también el último informe sobre la estrategia de conclusión del TPIR para el Consejo de Seguridad del 23 de mayo de 2013 (S/2013/310). Disponible aquí, consultado el 28/09/2013.

En este sentido, puede traerse a colación aquí la máxima que reconoce que, sin perjuicio del relevante papel que las decisiones judiciales puedan jugar en la formación del DI, la jurisprudencia internacional no tiene una función creadora¹⁰³⁰.

8.1.2.3. La evolución de la postura de la CIJ¹⁰³¹

Comenzando por la justificación teórica del recurso a la jurisprudencia de la Corte como fuente del derecho consuetudinario, es menester citar aquí a Jiménez de Aréchaga, que ha afirmado que “el tema de la costumbre...debe ser examinado con referencia a cómo en los últimos años la Corte Internacional de Justicia ha enfocado el derecho consuetudinario, máxime si tenemos en cuenta que, (...) el Tribunal, durante la última década, ha tenido que enfrentarse prácticamente en cada caso con lo que se ha llamado la medusa amorfa pero formidable del derecho internacional consuetudinario¹⁰³²”.

Tan importantes son las sentencias y opiniones consultivas publicadas por la CIJ como las opiniones particulares y disidentes de los magistrados que en cada caso, componen el tribunal. El valor de los pronunciamientos jurídicos de estos expertos mundiales ha sido ya de sobra constatado.

Quizás sea interesante comenzar este apartado recordando que algunos de los pronunciamientos más destacados en lo que respecta a esta cuestión, tienen su origen precisamente en el surgimiento de un conflicto entre la discrecionalidad de los Estados para aplicar su derecho procesal por un lado, y el respeto al contenido del DI

¹⁰³⁰ Idea que ha sostenido la doctrina con sólidos argumentos que disipan las dudas iniciales en torno a la capacidad creadora de derecho de los tribunales internacionales. REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional... op. cit.* pp. 518-519: “La alegación de los precedentes judiciales como eslabón en la formación de las normas consuetudinarias (costumbre judicial) debe también ser puntualizada, pues, además de que el artículo 59 del Estatuto de la CIJ prescribe la obligatoriedad de las sentencias exclusivamente para las partes y para el supuesto concreto objeto de las mismas, las controversias internacionales no se producen en serie, al punto de permitir sin más la aplicación del precedente. (...) su fundamento, su *ratio decidendi* está en los tratados, las normas consuetudinarias, los actos unilaterales de los que se deducen obligaciones jurídicas, los principios generales del Derecho, recurriéndose a los precedentes sólo para confirmar la solidez de su argumentación sobre aquellas bases”.

¹⁰³¹ MENDELSON, M., “The Formation of Customary...*op cit.*, pp. 249-253.

¹⁰³² Citado en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, p. 199.

convencional, por otro¹⁰³³. Nollkaemper extrae una provocadora conclusión del caso LaGrand¹⁰³⁴, que nos permite introducir el análisis realizado en esta sección y en parte, de la siguiente: “(...) the episode does illustrate the essential tension between procedural autonomy, as a product of state sovereignty and the limited scope of international law, and the principle of effective treaty performance. National courts have a crucial role in striking a balance between these considerations, and resolving this double bind¹⁰³⁵”.

A continuación se hará un recorrido por la jurisprudencia de la CIJ analizando, por orden cronológico, algunas cuestiones de aquellos casos que de alguna manera han abordado los interrogantes que gravitan en torno al objeto de esta investigación: la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad.

¹⁰³³ Véase a modo de ejemplo, la afirmación de la violación del artículo 36.2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 en el famoso caso LaGrand. CIJ, Asunto LaGrand, (Alemania c. Estados Unidos de América), Sentencia de 27 de junio de 2001, ICJ Reports, 2001, p. 466, párr. 125: “(...) The Court observes in this regard that it can determine the existence of a violation of an international obligation. If necessary, it can also hold that a domestic law has been the cause of this violation. In the present case the Court has made its findings of violations of the obligations under Article 36 of the Vienna Convention when it dealt with the first and the second submission of Germany(...)”.

¹⁰³⁴ El caso LaGrand enfrentó a Alemania con Estados Unidos con motivo de la detención y condena a la pena capital de dos ciudadanos alemanes, los hermanos Karl y Walter LaGrand en Estados Unidos, por el presunto homicidio de un director de una oficina bancaria en el curso de un atraco. Tras ser detenidos y en incumplimiento de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, los acusados no fueron informados de la asistencia consular a la que tenían derecho. Tampoco fue avisado el Consulado alemán de la referida detención. A petición de Alemania, la Corte, recurriendo a un mecanismo excepcional justificado por la urgencia del asunto, dicta la medida provisional de suspensión cautelar de la ejecución de Walter LaGrand (Karl había sido ya ejecutado unas semanas antes) a las que dotó de carácter obligatorio y vinculante en una pronunciamiento sin precedentes. Para profundizar en este asunto, véase TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, 2004, pp. 207-260.

¹⁰³⁵ Evidentemente, se trata de un razonamiento aplicable también al derecho consuetudinario, tal y como se defenderá a lo largo de este trabajo. NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011, p. 90.

8.1.2.3.1. El caso Lotus (1927) y los casos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969)

Los casos que encabezan este subapartado coinciden en abordar algunos elementos fundamentales para esta investigación, sobre todo en el marco de los criterios de determinación de la existencia de una costumbre internacional.

El caso Lotus fue resuelto en 1927 por el órgano que precedió a la CIJ, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ). En síntesis, el conflicto enfrentó a Francia y a Turquía a raíz del choque de una nave francesa (S.S. Lotus) contra un barco turco (S.S. Boz-Kourt) en altamar, en el que perecieron 8 nacionales turcos. Turquía reaccionó abriendo un procedimiento contra el oficial francés que estaba al mando del barco galo, acto que llevó a Francia a denunciar el caso ante la CPIJ ante la consideración de que Turquía no tenía jurisdicción para ello.

La CPIJ estudió el asunto y dictó una sentencia que desarrolla jurídicamente una de las que ya constituyen una máxima en el ámbito del derecho internacional: la libertad de los Estados de extender su jurisdicción extraterritorialmente a menos que exista una norma que lo prohíba expresamente¹⁰³⁶.

Este pronunciamiento sienta las bases de la jurisdicción extraterritorial, sobre las que, a su vez, se cimienta el *aut dedere aut judicare*.

Sin embargo, no termina aquí la aportación de este caso a la configuración moderna del derecho internacional en el ámbito que nos ocupa. También se pronuncia sobre el contenido de la costumbre internacional y sus elementos configuradores. En concreto, ante la solicitud de Francia de que la abstención de otros Estados de enjuiciar las

¹⁰³⁶ CPIJ, Asunto Lotus, Sentencia núm. 9 de 7 de septiembre de 1927, Publicaciones de la CPIJ, Series A. núm. 10, p. 19: "It does not, however, follow, that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition it allowed States to do so in certain specific cases. But it is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by a prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable".

colisiones entre barcos en altamar fuera considerada como prueba de la existencia de una costumbre internacional que exigía la abstención de Estados distintos del Estado del Pabellón, la CPIJ, encontrándose con una inacción que consideraba ambigua, se apoyó en el elemento subjetivo de la costumbre (la *opinio iuris*) para rechazar esta pretensión¹⁰³⁷.

Si bien es cierto que el asunto Lotus aborda, por primera vez en el ámbito de la jurisprudencia internacional, la cuestión del contenido de la costumbre, la contribución realizada por los pronunciamientos jurisprudenciales en los casos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte de 1969 es infinitamente más completa.

Los asuntos enfrentan a Alemania por un lado, contra Dinamarca y los Países Bajos, por otro con motivo de la técnica utilizada para la delimitación de la plataforma continental entre Alemania y Dinamarca y Alemania y los Países Bajos. La Corte resolvió que no procedía la aplicación del principio de equidistancia, contenido en el artículo 6 de la Convención de Ginebra de 1958, ya que no había alcanzado aún el status de costumbre internacional como alegaban los Países Bajos y Dinamarca y Alemania no era parte en esta Convención. Por consiguiente, la Corte resolvió que las líneas de delimitación debía trazarse por acuerdo entre las partes y con arreglo a principios de equidad, e indicó una serie de factores que habían de tenerse en cuenta con ese fin.

En relación a la práctica o elemento objetivo de la costumbre, la Corte sostuvo que para que la costumbre fuera vinculante para todos los Estados, la práctica no solo tendría que ser uniforme sino general:

“Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that, within the period in question, short though it may be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; (...)”¹⁰³⁸.

¹⁰³⁷ *Id.*, p. 28: “(...) for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom”.

¹⁰³⁸ CIJ, Asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte,) Alemania c. Dinamarca; Alemania c. Países Bajos), Sentencia de 20 de febrero de 1969, pp. 43, párr. 74.

En cuanto al elemento subjetivo de la costumbre, recogiendo el testigo de la desaparecida CPIJ, la Corte ofrece una definición de la *opinio iuris*, otorgándole a la vez, carácter de elemento necesario y configurador de la costumbre internacional¹⁰³⁹.

Resáltese por último, otra de las aportaciones de esta sentencia, esencial de cara a la identificación de criterios para establecer la existencia de una costumbre internacional. La Corte, en este asunto, reconoció que la práctica de los Estados derivada del cumplimiento de los tratados internacionales era perfectamente válida como fuente de creación de la costumbre internacional¹⁰⁴⁰.

De todo lo anterior, es posible deducir que estamos ante dos asuntos que apoyan jurisprudencialmente el establecimiento de los cimientos teóricos sobre los que posteriormente se construirá, por un lado, la institución de la costumbre internacional¹⁰⁴¹ y la jurisdicción extraterritorial, por otro. Dos elementos claves en el presente trabajo de investigación.

¹⁰³⁹ *Id.*, párr. 77: “(...) Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e. the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio iuris sive necessitatis*. The States concerned must feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation”. La Corte articula aquí la que posteriormente será adoptada como la definición “oficial” del elemento subjetivo de la costumbre internacional.

¹⁰⁴⁰ *Id.*, párr. 41: “ In so far as this contention is based on the view that Article 6 of the Convention has had the influence, and has produced the effect, described, it clearly involves treating that Article as a norm-creating provision which has constituted the foundation of, or has generated a rule which, while only conventional or contractual in its origin, has since passed into the general corpus of international law, and is now accepted as such by the *opinio iuris*, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention. There is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed”.

¹⁰⁴¹ Otros asuntos interesantes en el marco de la construcción de la costumbre internacional que, por limitaciones de tiempo y espacio no han podido ser analizadas en este apartado son el Caso Haya de la Torre o Caso del Asilo (Colombia c. Perú) de 1950 y el caso de las Pesquerías (Reino Unido c. Noruega) de 1951.

8.1.2.3.2. *Barcelona Traction (1970)*

La importancia del asunto Barcelona Traction radica en que, en palabras de Pastor Ridruejo, representa “una excelente orientación para precisar cuáles pueden ser las normas del *ius cogens* internacional¹⁰⁴²”.

El litigio enfrenta a España con Bélgica, a raíz de una denuncia presentada por este último país contra España por los perjuicios sufridos por nacionales belgas accionistas en de una sociedad canadiense (Barcelona Light and Power Company) con sede en España, como consecuencia de algunas decisiones tomadas por este gobierno, que según Bélgica, había conducido a la quiebra de esta sociedad, perjudicando así a sus referidos ciudadanos.

El análisis exhaustivo de los distintos argumentos presentados por las partes en un conflicto que se alargó más de 10 años y que aborda materias tan distintas como la configuración de la nacionalidad de las sociedades o el alcance y contenido de la protección diplomática, excede el ámbito de esta investigación y ha sido tratado de manera exhaustiva por la doctrina¹⁰⁴³.

A los efectos de este trabajo, conviene centrarse, por el importante papel que juegan en la definición de la naturaleza jurídica de la cláusula objeto de estudio, en los párrafos 33-35 del dictamen, en los que la CIJ enumera los elementos constitutivos de las obligaciones *erga omnes*. Así, en este *obiter dictum*, el tribunal establece que los rasgos definitorios de las obligaciones *erga omnes* son que las mismas se contraen frente a toda la comunidad internacional y que incorporan valores esenciales para la comunidad

¹⁰⁴² PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones...op. cit.*, p. 44. Recuérdese que en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se consigue establecer la jurisdicción obligatoria de la CIJ para las controversias relacionadas con el *ius cogens*, lo que representa un avance sin precedente en la regulación procesal internacional ya que como afirma este mismo autor “lo normal en el Derecho Internacional es justamente lo contrario: que la codificación de las normas sustantivas llegue mucho más lejos que las instituciones procesales”.

¹⁰⁴³ VICENTE BLANCO, D.J., “La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, núm. 7, 1992, pp. 353-390; MIAJA DE LA MUELA, A., “El derecho internacional ante las sociedades multinacionales”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 2, 1975, pp. 169-177.

internacional en tanto que protegen bienes jurídicos importantes, lo cual justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su protección¹⁰⁴⁴.

A esta definición añade una serie de ejemplos, entre los que incluye la prohibición de violaciones graves del derecho internacional:

“Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, pp. 23*); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character¹⁰⁴⁵”.

Se ha adelantado ya en los capítulos anteriores¹⁰⁴⁶ que el ámbito sustantivo de esta investigación (la prohibición del crimen de lesa humanidad) forma ya parte del *ius cogens* internacional, por lo que, el interés del presente pronunciamiento jurídico radica en su potencial para determinar si el incumplimiento de la obligación alternativa de extraditar o juzgar en relación a este grave crimen, puede llegar a ser considerado “una violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho internacional general”, con las consiguientes consecuencias para el Estado, entre las cuales se encuentra el surgimiento de su responsabilidad¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ CIJ, Asunto Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Sentencia de 5 de febrero de 1970, párr. 33.

¹⁰⁴⁵ *Id.*, Párr. 34. Cebada Romero interpreta, en un minucioso análisis, la lógica de esta diferenciación entre instrumentos universales y cuasi-universales. Según la autora, “el TIJ parece estar refiriéndose a la posible interacción entre costumbre y tratado internacional”. Véase CEBADA ROMERO, A., “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz...op. cit., pp. 3. Sobre

¹⁰⁴⁶ Véase el Capítulo V.

¹⁰⁴⁷ Sobre el surgimiento de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la violación de obligaciones internacionales, véase CASADO RAIGÓN, R., VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., “La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” en *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, coord. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A., vol. 1, 2005, pp. 343-360.

8.1.2.3.3. El no-rol de la CIJ en el asunto Lockerbie (1992)

El caso Lockerbie era considerado hasta el año pasado el caso “estrella” en el tema que nos ocupa.

El asunto enfrenta a Libia, que pretendía aplicar el principio *aut dedere aut judicare* en tanto que recogido en el artículo 7 del Acuerdo de Montreal, reconociéndolo como principio aplicable que le autorizaba a enjuiciar a sus propios nacionales, especialmente en ausencia de Tratado de extradición con EEUU y Reino Unido. Estos dos países, aún siendo partes en el referido Acuerdo, exigían la extradición de los dos ciudadanos libios acusados de cometer un atentado terrorista en un vuelo desde Reino Unido a EEUU¹⁰⁴⁸. Libia solicita su colaboración para la investigación de los ilícitos cometidos, a lo cual se niegan los citados Estados que, junto a Francia, presentan el caso ante el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la ONU. En enero y marzo de 1992, el Consejo de Seguridad se pronuncia a través de la resolución 731, que insta a Libia a responder total y efectivamente a las demandas de los mencionados países, y de la resolución 748, que impone sanciones económicas a Libia por el incumplimiento de la misma. Tras la primera resolución, este último Estado se dirige a la CIJ solicitando la adopción de medidas provisionales para evitar que Reino Unido y EEUU emprendieran acciones que le forzaran a extraditar a los dos imputados. El 14 de abril de 1992, en una sentencia que justifica el título escogido en este subapartado, la CIJ rechaza esta solicitud¹⁰⁴⁹. En este caso, como en el supuesto analizado en el apartado anterior en relación a la Regla 11 bis, es interesante estudiar el rol del Consejo de Seguridad en la aplicación del *aut dedere aut judicare*.

A nivel doctrinal, la interpretación más aceptada de la participación del Consejo de Seguridad entiende que este órgano ofreció una solución extraordinaria que completaba la salvaguarda del sistema de extradición existente, con el recurso al Consejo para intervención en situaciones excepcionales, especialmente en situaciones en las que los

¹⁰⁴⁸ PLACHTA, M., “The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle *Aut Dedere Aut Judicare*”, *EJIL*, 2001, vol. 12, núm.1, p.125-140.

¹⁰⁴⁹ CIJ, Cuestiones de interpretación y aplicación del Acuerdo de Montreal surgidas como consecuencia del incidente aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Los Estados Unidos), Medidas cautelares, Auto de 14 de abril de 1992, ICJ Reports 1992, p. 114.

modelos de Tratados tradicionales resultan inaplicables¹⁰⁵⁰. Esto suponía la preeminencia de la resolución del Consejo de Seguridad sobre cualquier otro acuerdo internacional, incluido el Acuerdo de Montreal. Tras años de disputas, el Gobierno libio finalmente accedió a entregar a sus dos nacionales, para que fueran juzgados por un Tribunal escocés, situado en los Países Bajos, que aplicaría la ley escocesa. El desenlace de este asunto llevó a la doctrina a plantear la posible existencia de una tercera alternativa al *aut dedere aut judicare: aut transfere*¹⁰⁵¹. Esta tercera opción se refiere a la entrega del imputado a un tercer Estado para que sea éste el que lo juzgue. Asumiendo que la entrega a un tercer Estado pueda ser considerada un elemento sustancialmente nuevo, podría afirmarse que el Consejo de Seguridad, en este asunto, habría desempeñado el papel de ejecutor del principio *aut dedere aut judicare*. La intervención del Consejo en materia de extradición puede justificarse en tanto que la situación era constitutiva de una amenaza contra la paz y seguridad internacional, por lo que su acción estaría legitimada, como en el caso de la Regla 11 bis, en base al Capítulo VII de la Carta de las NU.

Sin embargo, otro sector doctrinal ve la segunda resolución del Consejo en este asunto, que ordena sanciones económicas contra Libia antes de que la CIJ se hubiera pronunciado sobre la solicitud de Libia para que se adoptaran medidas provisionales que impidieran que los otros Estados adoptaran acciones coercitivas que forzarán la extradición de los nacionales libios, como un impedimento para que la CIJ dictara una sentencia independiente¹⁰⁵². Este proceder obvia por completo la previsión contenida en el artículo 14 del Acuerdo de Montreal que afirma que en caso de controversia en la interpretación o aplicación del Acuerdo “cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte”. Autores como Graefrath, critican el hecho de que, a través de la resolución 731, el Consejo haya actuado como un mecanismo de resolución de controversias destacando, con ironía, que en la votación de esta resolución participaran algunos de los Estados parte en la controversia (EEUU, Reino Unido y

¹⁰⁵⁰ *Id.*, p. 129.

¹⁰⁵¹ *Id.*, p. 136.

¹⁰⁵² GRAEFFRATH, B., “Leave to the Court what belongs to the Court: The Libyan Case”, *European Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 1993, p.185.

Francia) a pesar de que la cuestión debía encuadrarse claramente en el Capítulo VI (arreglo pacífico de controversias) para el cual la Carta prescribe que un Estado parte en la disputa debe abstenerse de votar¹⁰⁵³ y previene sobre el peligro de la generalización de esta actuación: “If the procedure employed by the Security Council against Lybia were to become a common practice, the Security Council would become a major dispute settlement mechanism which could set aside arbitration and even court procedures agreed upon by the parties to the dispute¹⁰⁵⁴”. Este autor tampoco considera que la paz se pueda ver amenazada, justificando la intervención del Consejo en base al Capítulo VII, por hechos tales como un solo acto de terrorismo, el que un Estado no condene el terrorismo mediante actos concretos, el que un Estado no entregue a los imputados o el que no responda a los requerimientos de compensación. Así, afirma que si una decisión del Consejo en la práctica resuelve una controversia entre Estados, nada puede impedir que la Corte decida sobre la legalidad de esa decisión del Consejo¹⁰⁵⁵.

El caso sentó un precedente en relación a la configuración del principio analizado. En efecto, pone de manifiesto las carencias de la indefinición de la obligación de extraditar o juzgar recogida en el Acuerdo de Montreal, que se derivan de la ambigüedad del presupuesto que subyace a su carácter alternativo: que el enjuiciamiento sea efectivo y justo tanto en el Estado que custodia como en el Estado que solicita la extradición¹⁰⁵⁶.

La falta de articulación de este presupuesto, que a su vez exigiría un acuerdo en torno a los criterios legales para determinar la justicia y efectividad de los sistemas judiciales en cuestión¹⁰⁵⁷, es una característica propia de los instrumentos convencionales que recogen la referida obligación. Se trata de un rasgo que impide que se atribuya a este principio una naturaleza estricta y puramente alternativa, que impediría el surgimiento de controversias en la interpretación de la referida obligación. Fue precisamente esta indefinición lo que permitió el planteamiento del asunto Lockerbie. Las dos partes en el conflicto estaban armadas con la misma pistola, la de la indefinición de los criterios

¹⁰⁵³ *Id.* p. 187.

¹⁰⁵⁴ *Id.* p.191.

¹⁰⁵⁵ *Id.* pp.196 y ss.

¹⁰⁵⁶ BASSIOUNI, M.C, *International Extradition...op cit.*, p. 13.

¹⁰⁵⁷ Problemática analizada en el Capítulo I de esta tesis, y para cuya solución se ofrecerán algunas propuestas y recomendaciones en las conclusiones.

objetivos para determinar cuando un sistema judicial es justo y efectivo y por ende, la falta de claridad acerca de cuándo debe un Estado disfrutar de la opción, en sentido estricto, que le otorga la naturaleza alternativa de la obligación recogida en el instrumento convencional aplicable a la situación concreta¹⁰⁵⁸.

8.1.2.3.4. *Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares (1996)*

El 8 de julio de 1996, a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la CIJ publicó una Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares. Se trata de un texto polémico, siendo prueba de ello el que todos los miembros del tribunal añadieran al documento su opinión particular o disidente. A efectos del presente trabajo de investigación, interesa traer a colación el razonamiento jurídico esgrimido por la Corte para justificar la falta de cristalización de la *opinio iuris* en este asunto. Se trata de una argumentación detallada que, siguiendo la línea ya esbozada en los casos Lotus y de la Plataforma Continental del Mar del Norte, se basa en criterios muy estrictos a la hora de reconocer la presencia de una *opinio iuris* consolidada:

“(…) the Court points out that the adoption each year by the General Assembly, by a large majority, of resolutions recalling the content of resolution 1653(XVI), and requesting the member States to conclude a convention prohibiting the use of nuclear weapons in any circumstance, reveals the desire of a very large section of the international community to take, by a specific and express prohibition of the use of nuclear weapons, a significant step forward along the road to complete nuclear disarmament. The emergence, as *lex lata*, of a customary rule specifically prohibiting the use of nuclear weapons as such is hampered by the continuing tensions between the nascent *opinio iuris* on the one hand, and the still strong adherence to the practice of

¹⁰⁵⁸ Véase, para un análisis más exhaustivo del presente caso, SOSA NAVARRO, M., *La obligación de extraditar o juzgar en España, naturaleza jurídica del aut judicare respecto a los crímenes de guerra, genocidio y crimen de lesa humanidad*, Editorial Académica Española, 2011, pp. 10 y ss.

deterrence on the other¹⁰⁵⁹”. Siguiendo la línea marcada por el apartado 8.1.2.1 de este capítulo, la Corte reconoce aquí la importancia del rol de las resoluciones de la Asamblea General en la construcción del derecho internacional consuetudinario de cara a dotar de contenido el referido análisis:

“The Court further notes that the first of the resolutions of the General Assmebly expressly proclaiming the illegality of the use of nuclear weapons, resolution 1653 (VXI) of 24 November 1961 (...) after referring to certain international declarations and binding agreements, (...) proceeded to qualify the lega nature of nuclear weapons, determine their effects, and apply general rules of customary international law to nuclear weapons in particular. That application by the General Assembly of general rules of customary law to the particular case of nuclear weapons indicates that, in its view, theew was no specific rule of customary law which prohibited the use of nucelar weapons; if such a rule had existed, the General Assembly could simply have referred to it and would not have needed to undertake such an exercise of legal qualification¹⁰⁶⁰”.

8.1.2.3.5. *Caso de la Orden de Detención (2002)*

El caso de la Orden de Detención, también conocido como el asunto Yerodia, enfrenta a Bélgica con la República Democrática del Congo, que denuncia ante la CIJ que Bélgica ha violado el principio de soberanía nacional y de inmunidad diplomática. Lo ha hecho, según el denunciante, mediante el dictado de una orden de detención contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores, Abdoulaye Yerodia, por crímenes del lesa humanidad y violaciones graves de los Convenios de Ginebra, en aplicación del principio de jurisdicción universal. El Tribunal se pronuncia dando la razón a la RDC y estimando

¹⁰⁵⁹ CIJ, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 73.

¹⁰⁶⁰ *Id.*, párr. 72. Para un estudio detallado del caso, véase CERVEL HORTAL, MJ., “Las armas nucleares y el derecho internacional (a propósito de la opinión consultiva del TIJ de 8 de julio de 1996)”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 15, 1997, pp. 205-219.

que Bélgica, efectivamente, había violado el principio de inmunidad jurisdiccional del que gozaba el Ministro¹⁰⁶¹.

8.1.2.3.6. Caso retirado: *Francia c. Congo*.

En la misma línea que el caso anterior puede traerse aquí a colación el misterioso caso que enfrenta a la República del Congo contra Francia por la presunta violación del principio de igualdad soberana y de inmunidad de los miembros del Gobierno al haber dictado una orden de detención contra el actual Presidente, Denis Sassou Nguesso. El caso realmente puede retrotraerse al año 2002, cuando la República del Congo denunciaba la situación ante la CIJ y solicitaba la aplicación de medidas cautelares, que fueron denegadas¹⁰⁶². Este caso, sin embargo, ha sido retirado por parte de la República del Congo. Las razones, por el momento son una incógnita¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ Este asunto ha sido abordado en el capítulo IV, por lo que nos remitimos aquí a él para evitar repetición. Las opiniones particulares de los jueces Higgins, Kooijmans and Buergenthal abordaron superficialmente la obligación de extraditar o juzgar.

¹⁰⁶² CIJ, Ciertos Procesos Penales en Francia (República del Congo c. Francia) Medidas Cautelares, Auto de 17 de junio de 2003, ICJ Reports 2003, pp. 102.

¹⁰⁶³ Véase una de las últimas noticias publicadas en prensa sobre el caso, DIENG, C., “Congo: Denis Sassou Nguesso rappelle à la France le principe de non-ingérence”, Afrik.com, 11 de abril de 2013, disponible aquí, consultado el 2/11/2013.

8.1.2.3.7. El caso Hissène Habré (2012)¹⁰⁶⁴

Con todo, si bien es cierto que a lo largo de los años, la CIJ ha dado importantes indicaciones que han guiado la consolidación de la costumbre internacional, con la excepción del simbólico pero carente de contenido relevante asunto Lockerbie, este tribunal no se ha pronunciado acerca del carácter o naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar hasta el 2012.

El 20 de julio de 2012, la CIJ publicaba, bajo una gran expectación, la que se esperaba fuese una sentencia revolucionaria en el ámbito de la lucha contra la impunidad de los responsables de los más graves crímenes internacionales. El análisis del pronunciamiento evidencia, sin embargo, que la Corte eludió pronunciarse sobre tan controvertida cuestión. Ciñéndose a la vigencia de la cláusula alternativa en tanto que obligación convencional contenida en la Convención contra la Tortura, en la que ambos Estados eran parte, desaprovechó la oportunidad que se le había brindado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* en términos amplios, contribuyendo así a colmar el vacío jurídico que perpetúa la existencia de refugios seguros para los autores de las más graves violaciones de derechos humanos.

A continuación, se desglosarán los puntos claves del dictamen con mayor trascendencia para esta investigación.

Los hechos que subyacen al asunto Bélgica c. Senegal se sitúan en el Chad de Hissène Habré¹⁰⁶⁵. Tras llegar al poder mediante un sangriento golpe de Estado en 1982, el ex mandatario se caracterizó por eliminar sistemáticamente cualquier conato de oposición.

¹⁰⁶⁴ Sobre esta sentencia, véanse los recientes trabajos de Nollkaemper y Sangeeta. NOLLKAEMPER, A., “Wither aut dedere? The obligation to extradite or prosecute after the ICJ’s Judgement in Belgium v Senegal”, *SHARES Research Paper*, núm. 27, 2013; SANGEETA, S., “Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2013, pp. 351-366. Para un análisis de la sentencia centrado en el razonamiento jurídico esgrimido por la Corte para justificar la violación de la Convención contra la Tortura en tanto que Senegal no había enjuiciado a Habré dentro de lo que se estipuló como un plazo razonable, véase BUATTLE, T., “The time of human justice and the time of human beings: Belgium v. Senegal and Temporal Restraints on the Duty to Prosecute”, *George Washington International Law Review*, vol. 45, 2013, p. 349.

¹⁰⁶⁵ Para un análisis más exhaustivo de los hitos que han marcado el caso Habré y un examen del rol de la Unión Africana, el Comité contra la Tortura y los tribunales regionales africanos (CEDEAO y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), véase SOSA NAVARRO, M., “La evolución de la obligación de extraditar o juzgar a través del caso Hissène Habré”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, diciembre 2013. (Aceptado, pendiente de publicación).

Para ello, recurrió a las detenciones a gran escala y a los asesinatos en masa, siendo uno de sus objetivos principales la exterminación de grupos étnicos cuyos líderes percibía como posibles amenazas a su poder¹⁰⁶⁶. Este régimen estuvo vigente en Chad hasta que Habré es derrocado en 1990, por Idriss Deby, actual Presidente de Chad. Al derrocamiento le sigue el exilio del ex dictador en Senegal, Estado que le concede el asilo político y en el que permanece aún a día de hoy.

El primer intento de enjuiciar a Hissène Habré por los crímenes perpetrados durante su mandato tiene lugar en el año 2000, cuando el juez de instrucción senegalés, M. Demba Kandji, formaliza la acusación contra Hissène Habré por “crímenes contra la Humanidad, actos de tortura y barbarie¹⁰⁶⁷” a raíz de una denuncia presentada por un

¹⁰⁶⁶ Las violaciones de derechos humanos perpetradas durante este período no han podido ser documentadas en su totalidad. En efecto, la organizaciones que han emprendido esta tarea investigadora al margen de un proceso judicial, se han encontrado con importantes limitaciones. Por un lado, la Comisión de Investigación creada por Idriss Déby tras llegar al poder para investigar los crímenes cometidos por su predecesor, presenta el informe resultante de una labor de investigación que duró dos años en los siguientes términos: “It is honest to point out to the reader that this investigation actually covers only an infinitesimal part of the actions committed by the dictator Habré. Neither the time given to the Commission nor the means at its disposal nor its access to victims was sufficient to carry out such an exhaustive labor. This work covers only 10 percent of the crimes of the tyrant Habré”. Report of the Commission of Inquiry into the Crimes and Misappropriations Committed by Ex-President Habre, his Accomplices and Accessories, 7 de mayo de 1992, English translation by United States Institute of Peace, “Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Vol III: Laws, Rulings and Reports” (Neil J. Kritz, ed., Washington D.C.: U.S. Institute of Peace, 1994), p. 57. Ese informe puede consultarse online aquí en la página del Instituto para la Paz de los Estados Unidos. En mayo de 2001, la ONG Human Rights Watch halló, en el cuartel abandonado de la Dirección de la Documentación y Seguridad del antiguo cuerpo de policía político chadiano, miles de documentos que evidenciaban las violaciones de derechos humanos cometidas en por este cuerpo. Tras el descubrimiento, el entonces gobierno de Chad autorizó el acceso a los mismos a la Asociación Chadiana de Víctimas de Represión Política y Crímenes, asistidas por Human Rights Watch y por la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH). Los datos recogidos fueron analizados por el la organización de derechos humanos “Human Rights Data Analysis Group” y dieron lugar a la publicación de un informe en 2010. SILVA, R., KLINGNER, J. y WEIKART, S., “State Coordinated Violence in Chad under Hissène Habré”. A Report by Benetech’s Human Rights Data Analysis Group to Human Rights Watch and the Chadian Association of Victims of Political Repression and Crimes de 3 de febrero 2010, p. 4. Disponible aquí. Consultado el 2/11/2013. Amnistía Internacional también reconoce la naturaleza no exhaustiva de los datos que ofrece en los numerosos informes en los que documenta las violaciones de derechos humanos perpetradas durante el gobierno de Habré. Véase, como ejemplo, el más informe más reciente, de 2001, en el que afirma que: “This report, like the documents published by Amnesty International during the 1980s, gives only a brief overview of the violations committed during this period. Moreover, Hissein Habré’s deliberate strategy of shrouding in secrecy the practices of his agents and, consequently, about the fate of their prisoners, hindered information gathering and verification and case monitoring”. Amnistía Internacional, “Chad: The Habré Legacy, índice: AFR 20/004/2001 de 15 de octubre de 2001, pp. 10. Disponible aquí.

¹⁰⁶⁷ Concretamente, se le imputa “el conocimiento, ayuda o asistencia en la comisión de hechos constitutivos de crímenes contra la Humanidad, actos de tortura y barbarie”, refiriéndose, para ello, a los artículos 45, 46, 294 bis y 288 del Código Penal senegalés. Los dos primeros regulan la complicidad en la comisión de delitos. El artículo 288 regula las circunstancias en las que, en caso de torturas, cabe la

grupo de víctimas¹⁰⁶⁸. Habré comparece y se declara inocente pero su arresto domiciliario como medida cautelar abre un debate jurídico acerca de la competencia jurisdiccional de Senegal para enjuiciar delitos cometidos por un extranjero fuera del territorio senegalés, que se zanja, en Primera Instancia con una sentencia que anula el proceso por falta de jurisdicción de los tribunales senegaleses para conocer de los delitos que se le imputaban al ex mandatario¹⁰⁶⁹.

Tras el cierre de esta puerta, algunas de las víctimas que ostentaban la nacionalidad belga por haber recibido asilo político en este país, recurren a los tribunales de Bélgica con la esperanza de que el ejercicio del principio de jurisdicción universal por el que este país se había dado a conocer, amparara también este caso. En el 2005, un juez belga dicta una orden de detención contra Habré acusándole de la comisión de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, torturas y violaciones graves del derecho internacional humanitario¹⁰⁷⁰. Sin embargo, los tribunales senegaleses siguen resistiéndose a abrir este proceso o a permitir que otro Estado lo abra. La Corte de Apelación dictamina que Bélgica no tiene competencia para dictar esta orden de

aplicación de atenuantes. Disponible aquí. Human Rights Watch ofrece, como parte de su trabajo en el caso Hissène Habré una completa base de datos con acceso directo a los documentos clave en este caso.

¹⁰⁶⁸ Plainte avec Constitution de Partie Civile, presentado ante el Juez de instrucción del Tribunal Regional de Dakar, 25 de enero de 2000. Disponible en francés aquí, consultado el 13/10/2013.

¹⁰⁶⁹ Décision de la Chambre d'accusation de Dakar, Cour d'appel de Dakar, Chambre d'accusation, Arrêt n°135 du 04-07-2000. Disponible en francés aquí, consultado el 11/10/2013. Entre los argumentos más llamativos, cabe traer a colación el rechazo de la necesidad de remisión a la Convención sobre la Tortura, lo cual implica también que la obligación de extraditar o juzgar allí contenida y sobre la que se fundamentaría la competencia de los tribunales senegaleses, no es aplicable. Esta decisión se ratifica en segunda instancia por la Corte de Apelación, mediante una sentencia de 20 de marzo de 2001. Décision de la Cour de Cassation de 20 de marzo de 2001. Disponible en francés aquí, consultado el 13/10/2013.

¹⁰⁷⁰ Orden de arresto internacional de 19 de septiembre de 2005 (N0. 2001/002 DD emitida por el *Tribunal de première instance* de Bruselas). Consúltese el texto en el anexo 3 de la solicitud de apertura del procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal), CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Denuncia formal que abre el procedimiento de 19 de febrero de 2009. Esta orden es transmitida por INTERPOL a Senegal (red notice). De acuerdo con los usos y práctica de este organismo, la "notice" actúa como solicitud de detención provisional con vistas a la extradición (tanto Senegal como Bélgica son miembros de INTERPOL desde el 4 de septiembre de 1961 y el 7 de septiembre 1923, respectivamente). En esta orden, se afirma que Chad ha retirado cualquier derecho relacionado con la inmunidad diplomática a Hissène Habré, y los cargos que se le imputan, y que fundamentan la orden de detención, son los siguientes: "2.3. Charge: serious violations of international humanitarian law, crimes of torture, crimes of genocide and crimes against humanity, war crimes, murder, attempted murder, intentional assault and battery, violations of personal freedom and the sanctity of the home, arbitrary violations of the rights guaranteed by the Constitution, arbitrary arrests, abductions, forced disappearances and false imprisonment". Disponible aquí, consultado el 12/10/2013.

extradición en tanto que Hissène Habré, como ex Presidente de Chad, goza de inmunidad diplomática¹⁰⁷¹. Senegal entonces se dirige a la Unión Africana para solicitar asesoramiento sobre cómo proceder. La Unión Africana responde instando a Senegal a enjuiciar al dictador “en nombre de África mediante un tribunal senegalés competente que garantice un juicio justo¹⁰⁷²”.

El 19 de febrero de 2009, ante el fracasado intento de ejercer su jurisdicción sobre Hissène Habré mediante el instituto de la extradición, Bélgica decide presentar una solicitud de apertura de procedimiento ante la CIJ titulada “Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)¹⁰⁷³”, al entender que Senegal estaba incumpliendo sus obligaciones como Estado Parte en la Convención contra la Tortura¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar, Avis du 25 Novembre 2005 relatif à la demande d'extradition de Hissène Habré par la Belgique. A esta primera fracasada solicitud de extradición le siguieron otras dos solicitudes, igualmente ignoradas. En estos dos casos (la segunda de 15 de marzo de 2011 y tercera, de 5 de septiembre de 2012) se esgrimen defectos de forma en la solicitud de extradición para justificar la denegación. Véase, en relación a esta última, la Declaración de 10 de enero 2012. Consultado el 12/10/2013.

¹⁰⁷² Unión Africana, Conferencia de la Unión Africana, séptima sesión ordinaria, 1-2 de julio de 2006, *Décision sur le Procès d'Hissène Habré et l'Union africaine*, Assembly/AU/Dec.127 (VII), Doc. Assembly/AU/3 (VII).

¹⁰⁷³ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica. Senegal), CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Denuncia formal que abre el procedimiento de 19 de febrero de 2009. El orden en que se presentan las alternativas no es casual ya que, como se verá seguidamente a través del análisis de la sentencia, en el presente caso la obligación de juzgar se formula como en términos imperativos mientras que la obligación de extraditar se mantiene como alternativa. Por consiguiente, la utilización de esta fórmula por parte de Bélgica al presentar el caso ante la CIJ reflejan un respeto al rigor terminológico en el ámbito de la construcción del derecho internacional que ha sido elogiado por autores como Johanna Harrington, HARRINGTON, J., “ICJ denies Belgium’s request for provisional measures in the “Prosecute or Extradite” case”, *EJIL:Talk!*, 29 de mayo 2009: “I realize, however, that flipping the phrase is a more accurate reflection of Belgium’s wider goal in bringing this case, namely the goal of establishing (or from Belgium’s perspective, confirming) the existence of a international law obligation to prosecute those who commit serious violations of human rights and commit serious breaches of international humanitarian law. This goal clearly fits within the larger project of ensuring no impunity for those who commit the most serious crimes and is undoubtedly a worthy aspiration. But, as I have argued briefly elsewhere (here) in relation to the International Law Commission’s current study of “extradite or prosecute”, one cannot simply “flip the phrase” to equate “prosecute or extradite” with “extradite or prosecute”, and nor can one justify the revision of the classic shorthand of “aut dedere aut judicare” solely on the grounds that it would be “better construed as judicare vel deder”, as Professor Eric David suggested in his oral observations before the ICJ”.

¹⁰⁷⁴ En su demanda, Bélgica también hacía alusión a la obligación de extraditar o juzgar los crímenes de lesa humanidad de los que se acusaba a Habré que vincula a Senegal en virtud del derecho consuetudinario. (CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Denuncia formal que abre el procedimiento de 19 de febrero de 2009, párr. 7: “(...) Belgium’s claims are based on the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 of December 1984, and on the customary obligation to punish crimes

La sentencia que resuelve el conflicto se dicta el 20 de julio de 2012, y tanto en los razonamientos jurídicos que la fundamentan como en algunas de las opiniones particulares, se abordan cuestiones de gran trascendencia en el marco de este trabajo.

En primer lugar, en su defensa, tras alegar la falta de jurisdicción de la CIJ por la ausencia de conflicto entre las partes en tanto que no existe un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar, Senegal cuestiona la admisibilidad de la demanda sobre la base de que ninguna de las víctimas de los crímenes en cuestión ostentaba la nacionalidad belga en el momento de la comisión de los crímenes¹⁰⁷⁵. La Corte se apoya en su propia jurisprudencia en el caso *Barcelona Traction* para rechazar este argumento y recordar el carácter de “*erga omnes partes*” de las obligaciones derivadas de instrumentos convencionales¹⁰⁷⁶. En cuanto a la primera de las alegaciones, la Corte, reconociendo la falta de indicación temporal concreta, dictamina que la obligación tendría que haber sido cumplida lo antes posible, y en particular, tras la formulación de la primera denuncia ante los tribunales senegaleses en el año 2000¹⁰⁷⁷.

Pero sin duda, la contribución más importante de la CIJ al derecho penal internacional se enmarca en el desarrollo del contenido y la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar. Así, la respetada y anciana institución¹⁰⁷⁸ sitúa el momento de la

against humanity”). Desafortunadamente, la Corte en su sentencia, guarda silencio absoluto sobre esta cuestión.

¹⁰⁷⁵ *Id.*, párr. 64.

¹⁰⁷⁶ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia de 12 de julio de 2012, párr. 68-69.

¹⁰⁷⁷ *Id.* párr. 114 y 117. Buattle sostiene que la introducción del límite temporal modela o da contenido al *aut dedere aut judicare* recogido en la Convención por tres razones: 1. La Convención tiene como objetivo último prevenir la impunidad mediante el proceso penal; 2. Los Estados deben cumplir con sus obligaciones convencionales de buena fe y 3. El retraso en el enjuiciamiento puede violar el derecho de la víctima al debido proceso. BUATTLE, T., “The time of human justice and the time of human beings...*op. cit.* pp. 372.

¹⁰⁷⁸ En alusión a la expresión acuñada por Antonio Cassese para referirse a la Corte Internacional de Justicia, a la que llama “Respected Old Lady” en un Capítulo del último libro que coordinó antes de fallecer y en el que abogaba por la modernización de la CIJ. CASSESE, A., “The International COurt of Justice: It is High TIme to Restyle the Respected Old Lady” en CASSESE, A., *Realizing Utopia*, Oxford University Press, 2012.

activación de la cláusula en el momento en el que se constata la presencia del acusado en el territorio¹⁰⁷⁹.

Por otro lado, la Corte reitera, de manera indirecta, la tendencia hacia la limitación de la operatividad de la inmunidad de jurisdicción esbozada en el caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000¹⁰⁸⁰. Lo hace mediante la constatación de la violación de la Convención por parte de Senegal, al no extraditar o juzgar a Hissène Habré, ex Presidente de Chad. Se trata este de un principio que parece estar cristalizando en el derecho penal internacional, a la luz de su incorporación a las Cámaras Extraordinarias Africanas, cuyo Estatuto, por recomendación de la Unión Africana reconoce la inaplicabilidad absoluta de la inmunidad diplomática para eludir la responsabilidad penal derivada del delito¹⁰⁸¹ o el reconocimiento expreso de la imprescriptibilidad de los crímenes objeto de regulación¹⁰⁸².

La Corte también lleva a cabo pronunciamientos no exentos de controversia. Así, su desarrollo teórico sobre el fundamento de la jerarquía y la distinta naturaleza jurídica entre ambas opciones, que otorga a la obligación de extraditar una naturaleza imperativa y preferente en relación a la de extraditar¹⁰⁸³ no convence a la jueza Xue, que tilda esta interpretación de cuestionable desde el punto de vista de la lógica jurídica¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁷⁹ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia...párr. 94: "The Court considers that Article 7, paragraph 1, requires the State concerned to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, irrespective of the existence of a prior request for the extradition of the suspect. That is why Article 6, paragraph 2, obliges the State to make a preliminary inquiry immediately from the time that the suspect is present in its territory (...)."

¹⁰⁸⁰ CIJ, Caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), Sentencia de 14 de febrero de 2002, párr. 61.

¹⁰⁸¹ Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990, consultado el 17/07/2013. Article 10.3: "La qualité officielle d'un accusé, soit comme Chef d'État ou de Gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère en aucun cas de sa responsabilité pénale au regard du présent Statut, plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif d'atténuation de la peine encourue".

¹⁰⁸² Article 9 – Imprescriptibilité: "Les crimes relevant de la compétence des Chambres africaines extraordinaires sont imprescriptibles".

¹⁰⁸³ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia...párr. 95.

¹⁰⁸⁴ La magistrada considera que si la obligación de juzgar se considera imperativa y preferente en relación a la de extraditar, la solicitud de extradición de Bélgica ha de tener necesariamente una función distinta: la de controlar la implementación de las obligaciones de Senegal en virtud de la Convención. La magistrada tilda de inaceptable una interpretación que otorgue este rol a un Estado parte en la

Decepcionante resulta también la negativa del Tribunal a aplicar el artículo 7.1 de la Convención¹⁰⁸⁵ a las torturas perpetradas con anterioridad a la entrada en vigor del instrumento internacional para Senegal, es decir, el 26 de junio de 1987. La Corte intenta compensar el excesivo “legalismo” con el que se enfrenta a esta cuestión con una invitación a Senegal a adentrarse en la investigación de estos crímenes a pesar de que la letra de la Convención no se lo exige:

“Although Senegal is not required under the Convention to institute proceedings concerning acts that were committed before 26 June 1987, nothing in that instrument prevents it from doing so¹⁰⁸⁶”.

Sin perjuicio del reconocimiento de la trascendencia de esta sentencia de cara a la comprensión de la posición de la Corte en relación al contenido y alcance de este principio, si nos concentramos en la aportación que el dictamen hace a la clarificación de la naturaleza jurídica de la cláusula, el asunto Bélgica c. Senegal debe ser calificado de decepcionante.

En efecto, la Corte decide dejar pasar la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar con respecto a los crímenes de lesa humanidad, dejando pasar una ocasión sin igual de contribuir a definir su propia naturaleza jurídica. A pesar de que Bélgica, en su escrito de demanda, junto con la

Convención. CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia de 12 de julio de 2012 (Opinión disidente de la jueza Xue), párr. 39: “If Senegal’s obligation to prosecute is presumed or mandated, Belgium’s request for extradition may be deemed playing a different role: monitoring the implementation of Senegal’s obligations under the Convention. It is true that Belgium’s request for extradition has actually pushed the process to bring Mr. Habré to prosecution, but to give a State party on the basis of *erga omnes partes*, certainly goes beyond the legal framework of the Convention”.

¹⁰⁸⁵ Artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984: “1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”.

¹⁰⁸⁶ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia... párr. 102. En su Declaración, el Juez Donogue desarrolla de manera más exhaustiva la fundamentación jurídica que subyace a la aplicación retroactiva del derecho penal en el ámbito de los más graves crímenes internacionales, párr. 19: “(...) Looking beyond the Convention, Article 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights reflects a general prohibition on retroactive criminal laws, which also is part of many national legal systems. Nonetheless, the Covenant admits exceptions for offences that previously had been recognized as crimes. A State might therefore decide to prosecute an alleged offender in respect of acts of torture committed prior to enactment of a particular statute because it concludes that the conduct in question was criminal even before enactment of that particular statute”.

obligación de juzgar derivada de la Convención contra la Tortura, alude expresamente a la obligación que pesa sobre Senegal en virtud del derecho consuetudinario de dirigir acciones penales contra el ex dictador por la supuesta comisión de crímenes contra la humanidad, el Tribunal descarta entrar en esta cuestión de manera tajante, dedicándole a su justificación apenas un párrafo¹⁰⁸⁷. En este sentido, la sentencia es criticable por su carácter excesivamente prudente o sucinto, opinión compartida por los Jueces Abraham y Sur que sostienen que la Corte debería haber declarado su jurisdicción para conocer de las alegaciones basadas en derecho consuetudinario presentadas por el Estado demandante¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷ *Id.*, párr. 54.

¹⁰⁸⁸ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia de 12 de julio de 2012 (Opinión disidente del Juez Abraham). El juez considera que la interpretación de la Corte es excesivamente rigorista ya que aunque es cierto que en el momento de la presentación de la demanda no había constancia de la existencia de un desacuerdo en relación a las obligaciones derivadas de la costumbre internacional, este conflicto se evidencia durante el juicio, lo cual, según el magistrado, constituye una base suficiente para que la Corte se pronuncie sobre ello. Es más, el jurista subraya que es la primera vez que la Corte niega tener jurisdicción sobre un caso sobre la base de que no existe una disputa cuando la misma es evidente en la fecha en la que se dicta la sentencia, incluso durante el procedimiento, párr. 18: “In the present Judgment, the Court goes a particularly clear step further in the formalistic approach to the condition relating to the existence of a dispute: this is the first time in the Court’s entire jurisprudence that it has declined to hear one part of a case on the basis of the lack of a dispute between the Parties, even though the dispute clearly exists on the date of the Court’s Judgment and was apparent in the proceedings before the Court (...)”. (Véanse, para un desarrollo completo de esta idea los párrafos. 7-18). En la segunda parte de su opinión particular, Abraham aborda esta cuestión y concluye que no es posible otorgarle a la obligación de extraditar o juzgar respecto a los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, el genocidio o las torturas la naturaleza de costumbre internacional, y rebate los argumentos y pruebas presentadas por Bélgica en sentido contrario. (Véanse los párr. 31-41); y CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia de 12 de julio de 2012 (Opinión disidente del Juez *ad hoc* Sur). Este Juez sugiere que la reticencia del Tribunal a pronunciarse sobre esta cuestión poco tiene que ver con una falta de competencia justificada para ello sino que responde a la intención de evitar entrar en un complejo (pero necesario) debate jurídico sobre la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los más graves crímenes internacionales. Haya sido o no tomada esta decisión en aras de la prudencia, evitando adelantarse a promulgar la naturaleza consuetudinaria de la referida cláusula antes de tiempo, lo cierto es que este rechazo ha suscitado interpretaciones en sentido contrario, que infieren de la falta de implicación de la Corte en el asunto, una prueba de falta de consolidación de esta cláusula como derecho consuetudinario, párr. 18: “I am sorry to note that this declaration of lack of jurisdiction appears to be the result of a twofold concern. On one hand, to avoid being drawn into a lengthy discussion which might delay the deliberation of the case, and thus to simplify the dispute by confining it to the Convention against Torture; on the other, to avoid having to find that the customary rule invoked by Belgium did not exist, so as not to hinder its possible subsequent establishment in customary law, and thus to maintain the uncertainty surrounding this point, pending further developments. Despite the Court’s silence-perhaps even on account of it-it seems clear that the existence of a customary obligation to prosecute or extradite, or even simply to prosecute, cannot be established in positive law (...)”.

Más allá de las cuestiones procesales, del análisis cronológico expuesto, se infiere que este asunto ha supuesto un impulso sin precedentes de los organismos regionales africanos y del reconocimiento del valor jurídico y político de sus pronunciamientos. A su vez, ha dado lugar a una importante reforma estructural del sistema penal en Senegal, que pasa así a formar parte del grupo de Estados que han adecuado su normativa interna al derecho internacional y a uno de los principios sobre los que se asienta: la lucha contra la impunidad en el ámbito de las más graves violaciones de derechos humanos.

De materializarse, estaríamos ante la primera vez que un tribunal penal regional (en tanto que Senegal acoge el juicio mediante las Cámaras Extraordinarias Africanas) juzga a un ex Presidente de un Estado por la supuesta comisión de crímenes internacionales. Otorgaría también una oportunidad a África de demostrar cuáles son sus capacidades reales para cumplir con los compromisos adquiridos en el ámbito del derecho penal internacional. Al menos en lo que se refiere a la voluntad política de colmar los espacios de impunidad y enjuiciar la totalidad de los crímenes cometidos por el dictador chadiano, es incuestionable que la valentía y el constructivismo con el que se afronta esta cuestión, supera con creces a los tibios pronunciamientos de la CIJ.

Además del examen anterior, es preciso señalar que, en su opinión particular, el Juez Abraham, tras exponer las razones por las que consideraba que la Corte tendría que haberse atribuido la jurisdicción para conocer del conflicto en torno a las obligaciones que se derivaban del *aut dedere aut judicare* en relación a los crímenes contra la humanidad, en tanto que derecho consuetudinario, niega que esta cláusula tenga esta naturaleza jurídica:

“Indeed, in my opinion, there is no rule of customary international law requiring Senegal to prosecute Mr. Habré before its courts, either for the acts of torture, or complicity in torture, that are alleged against him - in that connection, there is indeed an obligation, but it is purely conventional – or for war crimes, crimes against humanity and the crime of genocide, which do not come within the scope *rationae materiae* of the Convention against Torture - in that regard there is, at present, no obligation under international law¹⁰⁸⁹”.

¹⁰⁸⁹ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia de 12 de julio de 2012 (Opinión disidente del Juez Abraham), párr. 21.

En efecto, durante el proceso, la Corte le había realizado la siguiente pregunta a Bélgica: “is there sufficient evidence, based on State practice and opinio iuris, of a customary obligation for States to prosecute before their domestic individuals suspected of war crimes or crimes against humanity (which presupposes that they have provided their courts with the necessary jurisdiction), when there is no connecting link between the alleged offence and the forum State, that is to say, when the offence was committed outside the territory of that State and neither the offender nor the victim were nationals of that State?”¹⁰⁹⁰,

Como respuesta, este país entregó un documento con una lista de 51 Estados que habían incorporado a sus legislaciones la jurisdicción universal para conocer de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Algunos condicionaban el ejercicio de la jurisdicción a la presencia del acusado en el territorio, otros no.

Según Abraham, esta información es insuficiente para deducir la existencia de una costumbre internacional por tres razones:

1. Estos Estados representan una minoría en la comunidad internacional, lo cual es ya de por sí insuficiente para determinar la existencia de una costumbre internacional.
2. Algunos de esos Estados pueden haber adoptado esta legislación sobre la base de una particular interpretación de las obligaciones derivadas de tratado. Esta interpretación no es universalmente compartida en tanto que otros Estados parte en estas convenciones no han tomado las mismas medidas y no puede por tanto ser constitutiva de una opinio iuris.
3. Muchos de los Estados pueden haber decidido extender la jurisdicción de sus tribunales sobre los crímenes en cuestión en base a una decisión soberana y unilateral, sin creer que estaban obligados a ello por una obligación internacional, convencional o consuetudinaria¹⁰⁹¹.

¹⁰⁹⁰ *Id.*, párr. 31.

¹⁰⁹¹ *Id.*, párr. 36-38.

La incógnita que deja el Juez Abraham abierta con estos argumentos, y sobre la que se ha pronunciado una buena parte de la doctrina¹⁰⁹², se presenta como la introducción perfecta para el último caso analizado en este apartado, resuelto por la CIJ en este mismo año: el asunto de la inmunidad jurisdiccional.

8.1.2.3.8. *El caso Inmunidad Jurisdiccional de los Estados: Alemania contra Italia (2012)*

El presente caso, resuelto por la misma CIJ apenas 5 meses antes, enfrenta a Alemania y a Italia. El conflicto trae causa en la denegación de los mecanismos de reparación disponibles a una parte de las víctimas de los crímenes de guerra cometidos por las fuerzas alemanas durante la invasión del territorio italiano. Algunos de los crímenes relevantes fueron la masacre cometida el 21 de junio de 1944 en Civitella in Val di Chiana o ciertas masacres cometidas en Grecia (ej. La masacre del 10 de junio de 1944 en Distono¹⁰⁹³). A pesar de que se trata de una sentencia compleja, que aborda distintas cuestiones que merecen un análisis separado, a los efectos de esta investigación, nos centraremos en los razonamientos jurídicos esgrimidos por la CIJ para sostener que la excepción a la inmunidad jurisdiccional de los Estados no había cristalizado como costumbre internacional y que, por ende, tanto la apertura de procedimientos por parte

¹⁰⁹² Entre los que defienden la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar, al menos en lo que se refiere a los más graves crímenes internacionales, cabe citar a BASSIOUNI, M.C. Y WISE, E., *Aut dedere aut judicare...op cit.*, pp.20-25; ENACHE-BROWN, C. y FRIED, A., “Universal Crime, Jurisdiction and Duty...op cit.”, pp. 613; OLSON, L.M., “Re-enforcing...op cit.”, p. 325; LEE A. S., “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of its International Obligations”, VA. J. INT’L L. vol. 29, 1999, pp. 441-443, p. 425; Algunos autores van más allá y sostienen que la obligación, con respecto a los más graves crímenes internacionales, constituye una obligación erga omnes: OLLÉ SESE, M., *Justicia Universal...op cit.*, p. 197 e incluso Bassioni en un artículo posterior, BASSIOUNI, M.C., “*Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, p. 73. Sin embargo, esta postura ha sido contestada desde otros sectores doctrinales, desde los que se considera que el argumento en virtud del cual la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar podría desprenderse del carácter de ius cogens de la prohibición de los más graves crímenes internacionales, no es sostenible. VAN STEENBERGHE, R., “The Obligation to Extradite or Prosecute, Clarifying its Nature”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, (2011), p. 1092.

¹⁰⁹³ ESPÓSITO, C., “Of Plumbers and Social Architects: Elements and Problems of the Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of States”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, núm. 3, 2013, p. 3 (pendiente de publicación). Este autor realiza en este trabajo un brillante análisis del contenido de la sentencia, así como del contexto histórico y antecedentes jurídicos y sociales de la misma.

de Italia para conocer de casos de víctimas a las que les había sido denegado arbitrariamente su derecho de reparación, como la ejecución de las condenas dictadas por los tribunales griegos en esta misma causa y la confiscación de propiedades alemanas en el territorio italiano, violaba el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados, en los términos en los que se ha venido reconociendo tradicionalmente.

La CIJ, tal y como reconoce en el párrafo 51 de la sentencia, debía determinar si la incapacidad de un Estado (Alemania) de cumplir con sus obligaciones en materia de reparación, puede tener un efecto en la existencia y el contenido de la inmunidad jurisdiccional de ese Estado ante los tribunales extranjeros¹⁰⁹⁴.

Tras hacer un recorrido jurisprudencial por los criterios (aquí analizados) para determinar la concurrencia de la costumbre internacional¹⁰⁹⁵, la CIJ concluye, del análisis de la jurisprudencia de 6 Estados europeos (Italia, Grecia, Francia, Eslovenia, Polonia y Reino Unido), 2 Estados no-europeos (Canadá y Nueva Zelanda) y dos sentencias del TEDH¹⁰⁹⁶ que la excepción a la aplicación de la inmunidad jurisdiccional en casos de graves violaciones de derechos humanos no se había consolidado como costumbre internacional, por lo que Italia, al emprender las acciones descritas ha violado esta costumbre internacional¹⁰⁹⁷.

Más allá de las merecidas críticas de las que esta sentencia pueda ser objeto por el desamparo al que condena a las víctimas de las violaciones de derechos humanos perpetradas durante la 2GM, se trata sin duda esta de una sentencia “de doble filo”, porque si por un lado, los criterios concretos, numéricos y positivos esgrimidos por el tribunal para extraer su conclusión han permitido en este caso que se infiera una conclusión “firme” sobre el carácter de derecho consuetudinario de la excepción en cuestión, si hacemos el esfuerzo de mirar esta sentencia desde la neutralidad y desde un enfoque casi utilitarista, podemos hallar en este pronunciamiento una base relativamente

¹⁰⁹⁴ CIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: con la intervención de Grecia), Sentencia de 3 de febrero de 2012, párr. 51.

¹⁰⁹⁵ *Id.*, párr. 55.

¹⁰⁹⁶ *Id.*, párrs. 83-87 y 90.

¹⁰⁹⁷ Espósito critica la metodología utilizada por la Corte a la vez que elogia el enfoque mucho más moderado que defiende el Juez Yusuf en su opinión particular que, en opinión del autor, entre otras cosas, habría evitado contradicciones en los pronunciamientos del CIJ. ESPÓSITO, C., “Of Plumbers and Social Architects: Elements...*op cit.*, p. 12.

sólida y segura sobre la que sostener las conclusiones acerca de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad.

8.2.1. Manifestaciones de los Estados

Si bien es cierto que las resoluciones de los organismos internacionales y las sentencias de los tribunales supranacionales tienen una influencia cada vez mayor en la cristalización de la costumbre internacional, a la hora de despejar el interrogante de la naturaleza jurídica de una cláusula procesal, en el derecho internacional no hay nada que pueda sustituir a la práctica de los Estados¹⁰⁹⁸. No obstante, la enorme empresa a la que nos enfrentamos al intentar identificar una práctica uniforme y constante generalmente seguida en la sociedad internacional exige algunas matizaciones previas. Así, la mayor parte de los iusinternacionalistas coinciden en afirmar que es suficiente que la práctica sea generalmente aceptada por los Estados interesados, definiéndose estos como “aquellos que hayan tenido ocasión de comportarse en el sentido de la norma que se invoca¹⁰⁹⁹”.

La segunda puntualización a la que es necesario hacer referencia por su gran potencial viene recogida en el Principio 19 de los Principios de Londres y reza como sigue:

“En el ámbito de la conducta de los Estados y de los tribunales y cortes internacionales, una manifestación sustancial de aceptación (consentimiento o creencia) de que existe una norma consuetudinaria por parte de los Estados, puede compensar una relativa falta de práctica y viceversa”.

¹⁰⁹⁸ Mitchell, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, Introduction, párr. 5: “In order to assess the status of the extradite or prosecute clause at international law, there is no substitute for comprehensive empirical research of State practice”.

¹⁰⁹⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 201; REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional*, op. cit. pp. 506; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de derecho internacional público...* op cit., p. 201: “En segundo lugar, la verificación de la generalidad en la aceptación debe tener especialmente en cuenta a los Estado interesados en relación con el contenido concreto de la norma pretendida como consuetudinaria que serán aquellos que hayan tenido ocasión y necesidad de manifestare en torno a una determinada materia. Parece obvio que si se quiere averiguar el contenido de las normas consuetudinarias en materia de exploración y utilización del espacio exterior han de resultar de primordial significación la práctica efectivamente realizada por aquellos Estados que de hecho vienen realizando actividades en dicho espacio”.

El supuesto al que se alude con la expresión “viceversa” no presenta mayores problemas, ya que, tal y como se ha estudiado de la mano de Mendelson, parece que existen argumentos convincentes para afirmar que la individualización de la concurrencia del elemento subjetivo no es un requisito imprescindible para afirmar la existencia de una costumbre internacional¹¹⁰⁰. De la jurisprudencia de la CIJ se desprende que la práctica constante y uniforme de los Estados es suficiente para declarar la existencia de una costumbre¹¹⁰¹.

Sin embargo, la otra opción enunciada en el Principio alude a la posibilidad de que una amplia evidencia de la existencia de consentimiento u *opinio iuris* convierta la prueba de la existencia de la práctica en innecesaria. Se trata de una fórmula controvertida en tanto que, en un primer momento, puede evocar una contradicción en sí misma (costumbre internacional sin costumbre). No obstante, los comentaristas de los principios de Londres han encontrado argumentos de peso para defender su validez, que van desde la afirmación de que los actos verbales pueden ser considerados un tipo de práctica del Estado hasta la tautológica alusión a la extensión de la vinculatoriedad de una norma para el Estado que haya consentido en ella, a la totalidad de Estados que presten el mismo consentimiento. El comentario también se refiere al caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua de 1986, que confirmó la existencia de una tendencia en esta línea en el seno de la Corte Internacional de Justicia¹¹⁰², sentencia en la que se basó Kirgis para proponer su teoría sobre la “escala deslizante”:

¹¹⁰⁰ Postura que no es, en absoluto, pacífica entre la doctrina. Así, como representante del extremo opuesto hallamos a Bin Cheng que considera que la *opinio iuris* es el elemento fundamental para la formación y consolidación de la costumbre, otorgando relevancia a la práctica de los Estados solo en tanto que prueba de la misma. CHENG, B., “United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?” *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, p. 23. Más moderada, pero firme en su defensa del carácter necesario de la *opinio iuris*, se muestra Mitchell. MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, Sources of the “aut dedere auto judicare” obligation, párr. 24: “(...) even when dealing with humanitarian norms, such as those relating to individual criminal responsibility, it is still necessary to provide evidence of both practice and *opinio iuris*, and one cannot rely on an aspirational sense that such a norm “should be” binding on all States”.

¹¹⁰¹ Véase: Asunto de las Pesquerías, ICJ Reports 1951, p. 116, párr. 128; Asunto Barcelona Traction, ICJ Reports, 1970, p. 3, párr. 42; asunto de la Plataforma Continental (Libia/Malta), ICJ Reports 1985, p. 12, párr. 33.

¹¹⁰² Meron hace una interpretación “cuasi-aspiracional” del pronunciamiento del tribunal en este caso afirmando que la decisión de la CIJ de otorgar poca relevancia a la práctica de los Estados, especialmente cuando ésta es contradictoria, reconociendo, sin embargo, una importancia central a las resoluciones de la Asamblea General y otras organizaciones internacionales sugiere la existencia de una mayor flexibilidad

“On the sliding scale, very frequent, consistent state practice establishes a customary rule without much (or any) affirmative showing of an *opinio iuris* so long as it is not negated by evidence of non-normative intent. As the frequency and consistency of the practice decline in any series of cases, a stronger showing of an *opinio iuris* is required. At the other end of the scale a clearly demonstrated opinion iuris establishes a customary rule without much (or any) affirmative showing that governments are consistently behaving in accordance with the asserted rule¹¹⁰³”.

Una vez aclarados dos aspectos fundamentales para el análisis que se realizará a continuación, siguiendo el orden ya enunciado, se comenzará estudiando las manifestaciones que, en relación al *aut dedere aut judicare*, han realizado los Estados en contextos internacionales respecto al crimen de lesa humanidad, para luego recorrer la presencia de la cláusula en las legislaciones nacionales y finalizar con el escrutinio de su aplicación por parte de los tribunales domésticos.

8.2.1.1. En contextos internacionales: AG y CDI.

Se parte aquí de la aceptación de la imposibilidad material de intentar recopilar todas las manifestaciones hechas por los Estados en relación a esta cuestión. Aún limitando el análisis a las declaraciones formales hechas en el seno de las Naciones Unidas, y por ende, en un contexto espacial y temporal definido, seguiríamos ante una tarea que excede con creces el ámbito de esta investigación. Por este motivo, y con el objetivo de presentar al menos las manifestaciones más concretas que sobre esta cuestión se han realizado en el marco de Naciones Unidas, se examinarán aquí exclusivamente dos grupos de comunicaciones:

Se analizarán por un lado, las respuestas ofrecidas por los Estados en la 65ª sesión de la Asamblea General, en el marco de la Sexta Comisión, en relación al tema del alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal por la estrecha conexión entre este

a la hora de probar la formación de una costumbre internacional en el ámbito del derecho humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. MERON, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 113-114.

¹¹⁰³ KIRGIS, F.L., “Custom on a Sliding Scale”, *AJIL*, vol. 81, 1987, p.146, citado en Asociación de Derecho Internacional, *London Statement of Principles... op cit.* p. 42.

principio y el *aut dedere aut judicare* y las consiguientes referencias a este último en las respuestas de los Estados; y por otro lado, la información recibida por la Comisión de Derecho Internacional como respuesta a la invitación formulada a los gobiernos para que proporcionaran información sobre legislación y prácticas relativas al tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)¹¹⁰⁴).

Análisis de las respuestas de los Estados en relación al tema del alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal (Sexta Comisión de la AG)

El tema del alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal se incluyó en la agenda provisional de la 64ª sesión de la AG, a petición de la República Unida de Tanzania, en nombre del Grupo de los Estados de África¹¹⁰⁵. Así, esta cuestión fue abordada en las sesiones 64ª (2009), 65ª (2010) , 66ª (2011) y 67ª (2012) de la Asamblea. En efecto, mediante la Resolución 64/117, la AG,

“*Solicita* al Secretario General que invite a los Estados Miembros a que, presenten, antes del 30 de abril de 2010, información y observaciones sobre el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción universal, incluida información sobre los tratados internacionales aplicables pertinentes, sus disposiciones legales y prácticas judiciales internas, y a que preparen un informe basado en esa información y observaciones y lo presenten a la Asamblea General en su sexagésimo quinto período de sesiones¹¹⁰⁶”.

Más allá de las declaraciones y comentarios hechos por los Estados en las diferentes reuniones de las sesiones, un total de 58 Estados han respondido¹¹⁰⁷, de manera escalonada, a esta invitación enviando informes nacionales sobre el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal en sus países. De entre ellos, 24 merecen ser traídos a colación por las manifestaciones que incluyen en torno al alcance, contenido y

¹¹⁰⁴ Res. AG 61/34, Doc NU A/RES/61/34 (4 de diciembre de 2006), párr.6.

¹¹⁰⁵ Solicitud de inclusión de un tema adicional en el programa de sesiones de sexagésimo tercer período de sesiones. Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. Doc NU: A/63/237/Rev.1, Sexagésimo tercer período de sesiones.

¹¹⁰⁶ Res. AG 64/117, Doc UN A/RES/64/117 (16 de diciembre de 2009), párr. 1.

¹¹⁰⁷ En la página de la Comisión constan 59 Observaciones pero el documento de Vietnam no resulta accesible.

naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar y que representan una importante fuente para la identificación de la *opinio iuris*.

Comenzando por Bielorrusia, este país prohíbe, en el artículo 85 de su CP, la impunidad (“the release from criminal responsibility”) de personas que han cometido crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, en aplicación de la convención sobre la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad. Además reconoce el alcance extraterritorial de su jurisdicción para delitos internacionales cometidos por extranjeros fuera del territorio de Bielorrusia (siempre que esté en suelo de Bielorrusia) estos casos y la posibilidad de extraditar.

Sin embargo, más adelante afirma que “Belarus exercises extraterritorial jurisdiction, but only with regard to crimes covered by the relevant international treaties to which Belarus is a party. In order for the principle of universal jurisdiction to be established in its legislation, the relevant provisions of the international treaties to which Belarus is a party must be incorporated into Belarus’s legal system, and the legislation regulating the procedural conditions for implementation of the principle must be adopted”.

Bélgica, por su parte, se pronuncia en términos inequívocos acerca de la naturaleza consuetudinaria de la obligación de juzgar con respecto a los más graves crímenes internacionales:

“Belgium believes that there are also customary obligations which require States to incorporate rules of universal jurisdiction in their domestic law in order to try persons suspected of crimes of such seriousness that they threaten the international community as a whole, such as grave crimes under international humanitarian law. This customary obligation to prosecute the perpetrators of grave crimes under international humanitarian law does not exist, in Belgium’s view, unless such persons are present in the territory of the State concerned¹¹⁰⁸”. Camerún detalla la disposición de su Código Penal que reconoce la obligación de extraditar o juzgar mediante la regulación de la jurisdicción aplicable a algunas de sus subcategorías:

¹¹⁰⁸ Observaciones de Bélgica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. 11.

Sección 11 del Código Penal de 2001:

“The criminal law of the Republic shall apply to piracy, human trafficking, slave trade or drug trafficking, even when committed outside the territory of the Republic. However, no foreign national may be tried in the territory of the Republic for offences referred to in the present section, committed abroad, unless the foreign national was arrested in the territory of the Republic and was not extradited and provided that the prosecution is undertaken by the Public Prosecutor’s Office¹¹⁰⁹”.

Las observaciones de Chile, aunque no hacen alusión directa a la obligación de extraditar o juzgar, son también interesantes porque, tras reconocer el carácter preferente de la jurisdicción territorial, ponen el acento sobre algunos presupuestos necesarios de cara a consolidar una herramienta procesal internacional (bien sea la obligación de extraditar o juzgar bien sea otra) que garantice efectivamente el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales:

“(…)La universalización de la justicia que en muchos aspectos puede ser positiva, no puede llevarse a cabo a través de actos unilaterales, que aparte de que atentan contra los principios de no intervención y de igualdad jurídica 'de los Estados, también pueden convertirse en un factor de anarquía internacional al permitir que sean los Estados más poderosos los que se arroguen la facultad de ser, selectivamente, justicieros de los más débiles¹¹¹⁰”.

China se aventura, en su respuesta a la Sexta Comisión, a detallar las condiciones y limitaciones a las que está sujeta la implementación de la obligación de extraditar o juzgar, que, por otro lado, califica de obligación exclusivamente convencional:

“(…) the implementation of "aut dedere aut judicare" rules is also subject to numerous conditions and limitations; in particular,

(1) [Such rules] are applicable only with reference to crimes stipulated under the corresponding international treaties, and the rights and obligations entailed are limited to the States Parties to the corresponding treaties;

(3) [Such rules] are predicated on the presence of the accused persons within the

¹¹⁰⁹ Observaciones de Camerún sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹¹¹⁰ Observaciones de Chile sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

territory of the State Party exercising sovereignty, and are not applicable to persons outside that territory;

(4) [Such rules] respect and to the greatest extent possible prioritize the exercise of sovereignty by the State on whose territory the criminal act occurred or of which the person accused of committing that act is a national. The State within whose territory the accused is found should immediately notify the State on whose territory the crime was committed or of which the accused is a national, providing verification of the relevant facts and cooperating with it on issues regarding the exercise of sovereignty;

(5) [Such rules] take the prior possession of sufficient evidence as a prerequisite for initiating criminal proceedings, and rigorously adhere to proper legal procedures to safeguard all legal procedural rights of the accused;

(6) A State may in no way exercise sovereignty within the territory of another State, nor may it perform the functions that properly belong to the authorities of that other State under its laws;

(7) The regulations governing immunity under international law may not be violated, especially the jurisdictional immunity enjoyed by foreign heads of State, Government leaders and other officials under international law.

Moreover, some States, in carrying out their legislative and judicial functions, have imposed further procedural limitations on the exercise of the aforementioned jurisdiction, for example by requiring the prior approval or authorization of the highest national executive or judicial authorities prior to raising the level at which a case is tried¹¹¹¹.

Costa Rica se limita a hacer referencia a un proyecto de ley que pretende modificar el Código Penal, en el que se puede inferir el reconocimiento de esta cláusula en relación a los más graves crímenes internacionales¹¹¹². Dinamarca afirma que su normativa

¹¹¹¹ Observaciones de China sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. 6.

¹¹¹² Observaciones de Costa Rica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): “ Artículo 415.3. La jurisdicción nacional no se ejercerá cuando:

Tratándose de crímenes o delitos cuyo juzgamiento sea jurisdicción de la Corte Penal Internacional:
(...)

- b. Se solicite la extradición por parte del Estado competente al amparo de Tratados o Convenciones internacionales vigentes para la República”.

interna permite que este país ejerza su jurisdicción obligatoria cuando esta obligatoriedad se infiera del derecho internacional, convencional o consuetudinario.

Una vez constatada la naturaleza obligatoria del enjuiciamiento, de la interpretación conjunta del apartado 5 y 6 del artículo 8 del Código Penal danés (que reconoce la jurisdicción de los tribunales daneses si no se procede a la extradición), puede deducirse la existencia de la obligación de extraditar o juzgar para los más graves crímenes internacionales. Así, según el representante danés, “Section 8, s 1, no.6 of the Criminal Code establishes Danish jurisdiction where extradition of a person for prosecution in another country is rejected, and the act, provided it has been committed within the territory of a foreign state, is punishable according to the law of the state in which it was committed (dual criminality), and the act is punishable under Danish law and may be sanctioned with a sentence longer than imprisonment for one year¹¹¹³”. Finlandia, que ha incorporado a su Código Penal el reconocimiento de la obligación de juzgar derivada del derecho convencional que le es vinculante, cita, en sus Observaciones, el que considera el primer proceso abierto en aplicación del principio de jurisdicción universal. No obstante, de una atenta lectura a la descripción del establecimiento de la jurisdicción se desprende que estamos realmente ante un caso de aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, ya que se citan los dos elementos configuradores de la misma: presencia del acusado en el territorio e imposibilidad de extraditar:

“The first case tried by a Finnish court under the principle of universal jurisdiction is currently pending before a district court. In that case, the defendant was residing in Finland and was arrested as his name had appeared on a list of suspects published by the authorities of his country of origin. It was found that the person concerned could not be extradited under the Finnish law and therefore he was charged in Finland on the basis of universal jurisdiction¹¹¹⁴”. Israel aprovecha la ocasión para, tras reconocer la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal dispositivo con condiciones (consentimiento escrito del Fiscal General y necesidad de que la apertura del procedimiento responda al interés general), negar la existencia de la naturaleza consuetudinaria del *aut dedere aut judicare*:

¹¹¹³ Observaciones de Dinamarca sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹¹¹⁴ Observaciones de Finlandia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

“Israel notes that the principle of “extradite or prosecute” (also referred to as the principle of *aut dedere aut judicare*) is conceptually distinct from universal jurisdiction. Israel further notes that even in cases where States have the authority to assert universal jurisdiction, they have broad prosecutorial discretion in determining whether to do so in an specific case. This is increasingly reflected in State practice world-wide, where appropriate safeguards have been applied so as to ensure that careful and responsible exercise of the principle of universal jurisdiction and to prevent its abuse for political ends¹¹¹⁵”.

Kenia declara en sus Observaciones, que el principio *aut dedere aut judicare* ha fomentado la implementación en las legislaciones domésticas de los principios de jurisdicción universal y de complementariedad de una manera más sistemática y concreta¹¹¹⁶. En sentido parecido parece pronunciarse Ruanda, que concibe la referida cláusula como un apoyo al presupuesto de que no se requiere nexo de conexión alguno con el caso para el ejercicio de la jurisdicción universal,¹¹¹⁷.

Malasia defiende el carácter puramente convencional de la obligación de extraditar o juzgar, distinguiéndola del principio de jurisdicción universal¹¹¹⁸. Los Países Bajos hacen referencia a una serie de procesos abiertos supuestamente en aplicación del principio de jurisdicción universal contra 1 congoleño, 2 afganos y dos ruandeses,

¹¹¹⁵ Observaciones de Israel sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹¹¹⁶ Observaciones de Kenia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹¹¹⁷ Observaciones de Ruanda sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): “The Princeton Principles on universal jurisdiction, being a “progressive restatement of international law on the subject of universal jurisdiction”, in the subsection 3 of principle 1 stipulates that a state may seek the extradition of the accused of the crime under international law without further requirement to any connection to the state. This subsection, supported by the general principle of law *aut dedere aut judicare*, supports the proposition that link for the exercise of universal jurisdiction is not required”.

¹¹¹⁸ Observaciones de Malasia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. 6: “Nor should the principle of universal jurisdiction be confused with the principle of *aut dedere aut judicare*, which under the relevant international criminal treaties (and hence operates as a treaty obligation for State Parties) requires a State Party where an offender is found to prosecute or extradite him. (...) In Malaysia’s view, the principle of *aut dedere aut judicare* does not on itself establish universal jurisdiction for that particular treaty-based offence”.

todos ellos presentes en el territorio holandés¹¹¹⁹. Nueva Zelanda pone sutilmente de manifiesto que una gran parte de las veces que se piensa que un tratado o acuerdo incorpora el principio de jurisdicción universal, en realidad es el *aut dedere aut judicare* lo que está regulando:

“New Zealand legislation attributes extra-territorial jurisdiction to a number of offences, usually those that implement international agreements containing obligations to criminalise certain actions and ensure that offenders are prosecuted or extradited.

Although these agreements are often described as creating “universal jurisdiction”, New Zealand considers that the extra-territorial jurisdiction assumed under them is different to universal jurisdiction in that limits remain on the circumstances in which jurisdiction may be exercised. In particular, the exercise of jurisdiction is limited to criminal acts that have some link with New Zealand¹¹²⁰”.

Perú se limita a ofrecer un criterio de diferenciación entre la obligación de extraditar o juzgar y el principio de jurisdicción universal¹¹²¹. Las Observaciones de Corea del Sur son interesantes porque al preguntar a los representantes de este Estado por el principio de jurisdicción universal, éstos responden refiriéndose exclusivamente al *aut dedere aut judicare*, otorgándole a la cláusula una naturaleza convencional¹¹²². Eslovenia incluye

¹¹¹⁹ Observaciones de los Países Bajos sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹¹²⁰ Observaciones de Nueva Zelanda sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹¹²¹ Observaciones de Perú sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): “El Perú estima que la Jurisdicción Universal constituye una institución jurídica diferente a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Así, la Jurisdicción Universal implica un criterio de atribución de jurisdicción, mientras que la obligación de extraditar o juzgar es una obligación que se verá satisfecha cuando se extradite al acusado o el Estado decida juzgarlo sobre la base de cualquiera de los criterios de atribución de jurisdicción existentes. En este sentido, la obligación de extraditar o juzgar se podrá establecer en un tratado para cualquier tipo de crimen, sin que éstos sean necesariamente susceptibles del ejercicio de la jurisdicción universal”.

¹¹²² Observaciones de Corea del Sur sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): “The principle of *aut dedere aut judicare* is neither equal to nor synonymous with universal jurisdiction. However, by being a signatory to treaties incorporating the principle of *aut dedere aut judicare*, Korea may exercise jurisdiction as appropriate even if it entirely unconnected to the crime itself. Attached is a list of treaties incorporating the *aut dedere aut judicare* principle, which Korea has acceded to and ratified. As we shall see below, one among them, previously, has enables the Korean Supreme Court to invoke universal jurisdiction as defined in the above mentioned concept. (...)The Korean Constitution does not require additional domestic laws to be

en su respuesta una observación de la que se puede inferir directamente el reconocimiento de la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar en relación a crímenes que son también objeto de regulación por parte de instrumentos convencionales:

“In addition to customary international law numerous treaties oblige their state parties to empower their criminal justice system to exercise universal jurisdiction over crimes defined in such treaties when a perpetrator is subsequently found on the territory of such state¹¹²³”.

Por otro lado, Sudáfrica reconoce la vigencia de la obligación pero solo como parte del derecho convencional¹¹²⁴. La postura sueca resulta un tanto ambigua ya que si bien alude al carácter vinculante de esta obligación para los Estados (“States have a right and an obligation to either prosecute or extradite persons suspected of having committed genocide, crimes against humanity, war crimes or torture”), también reconoce que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción sueca no se basa siempre en el principio de jurisdicción universal, para luego pasar a exponer los delitos respecto de los cuales el Código Penal sueco ha incorporado el principio de jurisdicción universal¹¹²⁵. Suiza identifica la obligación de extraditar o juzgar con la versión imperativa, condicional y

made in order to implement any treaties to which Korea is a party and which incorporate the *aut dedere aut judicare* principle”.

¹¹²³ Observaciones de Eslovenia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹¹²⁴ Observaciones de Sudáfrica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. 3.3.3 y 3.5.5.

¹¹²⁵ Observaciones de Suecia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010). No se pronuncia, sin embargo, sobre la naturaleza jurídica de esta obligación.

convencional del principio de jurisdicción universal¹¹²⁶. Estados Unidos es contundente: la obligación de extraditar o juzgar es una obligación convencional¹¹²⁷.

Argentina tampoco extrae ninguna conclusión acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula procesal pero ofrece una interesante reflexión acerca de la diferencia entre esta figura y la jurisdicción universal:

“El objetivo del principio *aut dedere aut judicare* es evitar que los delitos queden impunes cuando no se concede la extradición del sospechoso que se encuentra en el territorio del Estado requerido. El principio *aut dedere aut judicare* no establece per se qué bases de jurisdicción deberían ser ejercidas cuando el Estado requerido opta por remitir el caso a sus propias autoridades judiciales. La jurisdicción universal, por el contrario, es una base en sí misma para habilitar el ejercicio de jurisdicción que se basa únicamente en la naturaleza del crimen, indistintamente de dónde hubiera sido cometido dicho crimen, de la nacionalidad de la víctima o del presunto culpable, o de cualquier otro punto de conexión con los intereses nacionales del Estado que ejerce la jurisdicción. Sentado lo que antecede, se acepta que el principio *aut dedere aut judicare* puede superponerse con el de jurisdicción cuando un Estado no tiene punto de conexión con el crimen más que la mera presencia del sospechoso en su territorio y, en aplicación del principio “*aut dedere aut judicare*”, opta por no conceder la extradición y, consecuentemente, el juzgamiento del caso se funda necesariamente en la jurisdicción universal. Se entiende que sólo en este caso hay una superposición de ambos conceptos o, en otras palabras, que es en este caso en que la jurisdicción universal cumple un rol decisivo en la aplicación cabal del principio *aut dedere aut judicare*¹¹²⁸”. De las

¹¹²⁶ Observaciones de Suiza sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. III: “The rule according to which States are obliged to prosecute or extradite those who commit certain offences (*aut dedere aut judicare*) is inextricably linked to the principle of universal jurisdiction, particularly in its conditional interpretation. Therefore, depending on the case, if the State is not in a position to extradite an individual, the right to exercise universal jurisdiction can become an obligation as a result of the *aut dedere aut judicare* rule contained in a treaty to which the State is a party”. Por interpretación “condicional” o “limitada” del principio de jurisdicción universal, Suiza se refiere a una versión del principio de jurisdicción universal condicionada a la concurrencia de ciertos requisitos como la presencia del acusado en el territorio.

¹¹²⁷ Observaciones de Estados Unidos sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): “In this sense, the principle of universal jurisdiction is distinct from the treaty-based principle of *aut dedere aut judicare*”.

¹¹²⁸ Observaciones de Argentina sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66º período de sesiones (2011).

Observaciones de Bosnia y Herzegovina se desprende que este Estado, que se refiere solo al carácter convencional de la obligación, considera al principio de jurisdicción universal como una herramienta necesaria al servicio del *aut dedere aut judicare* permitiendo su aplicación práctica¹¹²⁹. Paraguay, aunque no lo hace de manera directa, parece insinuar que reconoce el *aut dedere aut judicare* exclusivamente en el marco del derecho convencional¹¹³⁰. En estos mismos términos se insinúa la posición acerca de la naturaleza convencional de esta obligación alternativa por parte del Reino Unido¹¹³¹.

Análisis de las respuestas de los Estados en relación al tema del alcance y aplicación del principio de *aut dedere aut judicare* (CDI)

Se ha adelantado ya en el capítulo VI que la inclusión del tema del principio *aut dedere aut judicare* en el programa a largo plazo de la Comisión tiene lugar en el año 2004, en la sesión 56ª de la CDI¹¹³². Tras recibir un Informe Preliminar el 7 de junio de 2006¹¹³³ por parte del Relator Especial, la Comisión, en su 58º período de sesiones, decide solicitar a los Gobiernos que presenten información sobre su legislación y práctica relativas a la obligación de extraditar o juzgar¹¹³⁴. Un año después, en virtud de la Resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, las cuestiones sobre las que se requiere información a los Estados se amplían, solicitándose a los Estados también información

¹¹²⁹ Observaciones de Bosnia y Herzegovina sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66º período de sesiones (2011): “The obligation on a State to conduct a trial against an alien when a foreign state’s request for extradition has been refused would not be possible to implement without the universal principle which allows for the application of domestic law in such cases”.

¹¹³⁰ Observaciones de Paraguay sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66º período de sesiones (2011), pp. 3.

¹¹³¹ Observaciones del Reino Unido sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66º período de sesiones (2011), pp. 3: “Universal jurisdiction should be distinguished from certain other types of jurisdiction: (...) Second, from jurisdiction established under treaties which provide for an “extradite or prosecute” regime (...)”.

¹¹³² Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56º período de sesiones, Anexo, p. 345, Doc. NU: A/59/10.

¹¹³³ Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. NU: A/CN. 4/571

¹¹³⁴ Para una descripción detallada de las fases de trabajo de la CDI, véase Capítulo VI, Análisis del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (2011).

sobre si el Estado consideraba la obligación de extraditar o juzgar como una obligación de carácter consuetudinario, y en tal caso, en qué medida¹¹³⁵.

Aunque siguen siendo pocos los Estados que, a fecha de noviembre de 2013, han respondido a la invitación de la CDI a proporcionar información acerca del alcance, naturaleza y contenido del principio en su territorio, se ofrecerá a continuación mediante una tabla, una esquemática clasificación de aquellas respuestas recibidas, con el fin de arrojar un poco de luz sobre la incógnita que nos ocupa: la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* en relación al crimen de lesa humanidad¹¹³⁶.

Estados que otorgan al <i>aut dedere aut judicare</i> carácter de obligación convencional
Tailandia ¹¹³⁷ , Japón ¹¹³⁸ , Chile ¹¹³⁹ , Irlanda ¹¹⁴⁰ , México ¹¹⁴¹ , Eslovenia ¹¹⁴² , Túnez ¹¹⁴³ , Estados Unidos ¹¹⁴⁴ , Sri Lanka ¹¹⁴⁵ , Kuwait ¹¹⁴⁶ , Rusia ¹¹⁴⁷ , Canadá ¹¹⁴⁸ , Sudáfrica ¹¹⁴⁹
Estados que otorgan al <i>aut dedere aut judicare</i> carácter de obligación consuetudinaria
Bélgica (véase explicación infra)

¹¹³⁵ CDI, 60º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc NU: A/CN.4/599 de 30 de mayo de 2008, párr. 4.

¹¹³⁶ En concreto, el número total de respuestas asciende a 29, de las cuales solo 15 se pronuncian sobre la que consideran que es la naturaleza jurídica de esta obligación alternativa.

¹¹³⁷ CDI, 59º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/579 de 5 de marzo de 2007, párr.17 (enumera los tratados internacionales que incorporan la obligación de extraditar o juzgar y en los que Tailandia es parte) y párrafo 34, en el que indirectamente afirma el carácter convencional al reconocer que la incorporación de la obligación a la legislación interna se hace en virtud de las obligaciones contenidas en los tratados: “La Ley de 1991 de medidas para la represión de los delitos relacionados con los estupefacientes se aprobó para dar cumplimiento a las convenciones sobre delitos relacionados con los estupefacientes y obligar a Tailandia a conceder la extradición sobre la base de los tratados multilaterales en los que se recoge la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”.

¹¹³⁸ *Id.* Párr. 47: “En el sistema judicial japonés, la obligación de extraditar o juzgar prevista en los tratados enumerados en la sección II A se ejecuta según lo previsto en la Ley de extradición, el Código Penal⁶³ y otras leyes y reglamentos conexos”.

¹¹³⁹ CDI, 59º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/579/Add.1 de 30 de abril de 2007, párr. 23: “La normativa seguida a fin de cumplir la obligación de extraditar o juzgar se deriva directamente de los tratados suscritos por Chile. La cuestión no se aborda en las normas internas de

carácter legal o constitucional”.

¹¹⁴⁰ *Id.* Párr. 24: “Los mecanismos que permiten a Irlanda cumplir las obligaciones de extraditar o enjuiciar que le imponen los tratados internacionales se recogen en el derecho interno, ya sea en su legislación primaria o secundaria”.

¹¹⁴¹ *Id.* Párr. 36: “(...) Por lo tanto, México ha incorporado el principio *aut dedere aut judicare* en su sistema jurídico mediante la ratificación de los tratados internacionales que lo reconocen”.

¹¹⁴² *Id.* Párr. 42: “El artículo 47 establece que ningún ciudadano de Eslovenia puede ser extraditado o entregado, a menos que esa obligación de extraditar o entregar surja de un tratado en virtud del cual Eslovenia haya cedido el ejercicio de parte de sus derechos soberanos a una organización internacional, de conformidad con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 3 a) de la Constitución”.

¹¹⁴³ *Id.* Párr. 67: “Por otra parte, el Estado tunecino está obligado por las convenciones judiciales internacionales mencionadas anteriormente a iniciar acciones penales en Túnez contra una persona cuya extradición y enjuiciamiento se soliciten en aplicación del principio de extraditar o juzgar”.

¹¹⁴⁴ CDI, 59º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/579/Add.2, párr. 2: “En opinión de los Estados Unidos, el derecho internacional consuetudinario no contempla ninguna obligación general de extraditar o juzgar por delitos que no estén previstos en acuerdos internacionales que establezcan tal obligación. Los Estados Unidos consideran, por el contrario, que los Estados sólo asumen esas obligaciones al adherirse a instrumentos jurídicos internacionales vinculantes que contengan disposiciones en materia de extradición o enjuiciamiento y que tales obligaciones sólo se aplican respecto de los demás Estados que sean partes en dichos instrumentos”.

¹¹⁴⁵ *Id.* Párr. 50. También de manera indirecta: “Además, las leyes aprobadas para hacer efectivos los tratados internacionales en materia de represión de delitos internacionales graves en los que figura la obligación de extraditar o juzgar contienen las disposiciones necesarias para modificar la Ley de Extradición No. 8 de 1977”.

¹¹⁴⁶ CDI, 59º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/579/Add.3 de 2 de julio de 2007, párr. 3: “Los acuerdos internacionales mencionados en el párrafo 2, que son vinculantes para el Gobierno del Estado de Kuwait, constituyen el derecho vigente en el que se fundan las decisiones de los tribunales y cuyas disposiciones deben aplicarse en todos los asuntos de extradición. Tales convenios contemplan los casos de extradición obligatoria, los supuestos en que no está permitida, los requisitos para que un delito pueda dar lugar a la extradición, las autoridades a quienes es preciso dirigirse en virtud de lo previsto en los acuerdos, en particular para remitir las peticiones de extradición, el modo de presentar dichas peticiones, los criterios de prioridad en caso de peticiones múltiples de extradición por un mismo delito, el modo de imputar y juzgar a la persona cuya extradición se solicita, los derechos de los terceros de buena fe, la circulación por el territorio de las partes de personas extraditadas desde otros países, los costos de la extradición y otras cuestiones relacionadas con esta institución”.

¹¹⁴⁷ CDI, 60º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/599 de 30 de mayo 2008, párr. 40: “La aplicación del párrafo 3 del artículo 12 del Código Penal de la Federación de Rusia está relacionada con la obligación *aut dedere aut judicare* en la medida en que la Federación de Rusia ejerce su jurisdicción penal de conformidad con el principio de universalidad, sobre la base de un tratado internacional que incorpore ese principio”.

¹¹⁴⁸ CDI, 61º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/612 de 26 de marzo de 2009, párr. 36: “En Canadá, la obligación de extraditar o juzgar se aplica a delitos de jurisdicción universal cuando así se dispone en un tratado, y el Canadá tiene la capacidad de extraditar o juzgar en caso de delitos de jurisdicción universal no basados en un tratado”.

La posición de Bélgica es particular. Si por un lado considera que la obligación de extraditar o juzgar es una obligación alternativa que tiene, para los delitos graves distintos del derecho internacional humanitario, un carácter exclusivamente convencional¹¹⁵⁰, reconoce que esta misma cláusula (previa modificación de la estructura de la disposición) goza de carácter consuetudinario en lo que respecta a los crímenes de guerra:

“Por todos esos motivos, Bélgica considera que existe una obligación universal de reprimir los delitos de derecho internacional humanitario. Esa obligación es consuetudinaria, habida cuenta de las muchas opiniones concordantes manifestadas por la comunidad internacional al respecto, y adopta la forma de “juzgar o extraditar”, más que la de “extraditar o juzgar”¹¹⁵¹”.

Se desprende de este análisis que las comunicaciones enviadas a la CDI por parte de los gobiernos, bien sea por su ausencia o por su falta de concreción a la hora de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la obligación, no constituyen una fuente concluyente en el marco de esta investigación. Quede notado aquí que la mayoría de los Estados no citados reconocen la aplicabilidad del *aut dedere aut judicare* mediante la enumeración de los convenios internacionales en los que la misma está contenida y de los que forman parte, hecho que se podría haber interpretado como expresión de la posición acerca de la naturaleza. No obstante, el estándar de rigor jurídico aplicable en un trabajo de estas características nos impide llegar a esta conclusión que resultaría, en contraste con la claridad de las preguntas formuladas por la CDI, cuanto menos, forzada. A pesar de las limitaciones ya expuestas, en la elaboración de este apartado se han intentado respetar los 10 “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales

¹¹⁴⁹ *Id.* Párr. 68: “(...) Sudáfrica no cree que el principio *aut dedere aut judicare* haya alcanzado un suficiente grado de reconocimiento internacional y aplicación práctica como para ser considerado parte del derecho internacional consuetudinario de modo que, por ahora, su posición jurídica sigue dependiendo de la existencia de un tratado que le sirva de fundamento”.

¹¹⁵⁰ CDI, 61º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/612 de 26 de marzo de 2009, párr. 32: “Por lo que se refiere a los delitos de derecho internacional, Bélgica considera que la obligación de extraditar o juzgar constituye, fundamentalmente, una obligación convencional” y párr. 34: “(...) Sin embargo, para los delitos graves distintos de los delitos de derecho internacional humanitario, sólo existe la obligación alternativa de extraditar o juzgar, y es una obligación puramente convencional”.

¹¹⁵¹ *Id.*, párr. 34.

de los Estados”, documento elaborado también por la CDI tras 10 años de trabajo y adoptado por la Asamblea General mediante resolución 61/34 de 4 de diciembre de 2006¹¹⁵². En línea con la explicación acerca de los criterios utilizados para la clasificación de las declaraciones y comunicaciones en este apartado, el principio número 7 resulta especialmente pertinente:

“Una declaración unilateral entraña obligaciones para el Estado que la ha formulado sólo si se enuncia en términos claros y específicos. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser interpretadas restrictivamente. Para interpretar el contenido de esas obligaciones, se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló¹¹⁵³”.

8.2.1.2. Legislaciones domésticas

La relevancia de la incorporación de esta cláusula a las legislaciones nacionales como fuente de la costumbre internacional se puso de manifiesto ya en la primera aproximación a esta cuestión por parte del primer Relator Especial de la CDI para esta cuestión, Sdzislaw Galicki¹¹⁵⁴.

El análisis más reciente de la práctica estatal, conducido por el actual director del Grupo de Trabajo para esta cuestión, Kriangsak Kittichaisaree, revela que, a pesar de que un gran número de Estados han incorporado a su derecho interno el reconocimiento del principio de jurisdicción universal para los más graves crímenes internacionales, sólo

¹¹⁵² AG, Sexagésimo primer período de sesiones, Res. 61/34. Doc NU: A/RES/61/34 (18 de diciembre 2006).

¹¹⁵³ Los 10 Principios, junto con sus comentarios están disponibles en la página de la CDI. Para un estudio monográfico en profundidad sobre estos principios consúltese el trabajo de la profesora Torres Cazorla: TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados. Un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la Comisión de Derecho Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

¹¹⁵⁴ Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. NU: A/CN. 4/571, párr. 43.

unos 25 Estados han implementado la obligación de extraditar o juzgar para varios crímenes¹¹⁵⁵.

Desde el punto de vista normativo, y volviendo a la inquebrantable relación entre costumbre y tratado en este ámbito, es preciso aquí recordar que la mayor parte de los tratados analizados en el apartado anterior incorporan, junto a la cláusula *aut dedere aut judicare*, el mandato de adoptar las medidas necesarias para incorporar la misma a la propia legislación interna¹¹⁵⁶.

Tratándose de una cláusula procesal, el cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar difícilmente se puede satisfacer mediante la aplicación directa del derecho internacional¹¹⁵⁷. En efecto, cuando se habla de incorporación directa del derecho internacional, generalmente se hace referencia a la aplicación directa del derecho

¹¹⁵⁵ Documento de trabajo informal elaborado por Kriangsak Kittichaisaree, Grupo de Trabajo sobre la Obligación de Extraditar o Juzgar (*aut dedere aut judicare*), 5 de abril de 2013, (borrador elaborado por el Director del Grupo de Trabajo).

¹¹⁵⁶ El incumplimiento de este mandato constituye una violación de las obligaciones convencionales de los Estados reguladas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Así lo estimó el Comité contra la Tortura en el caso que enfrentó a Suleymane Guengueng, en representación de las víctimas de Hissène Habré en Chad contra Senegal. Comité contra la Tortura, 36º período de sesiones, Comunicación nº181/2001: Senegal. 19/05/2006, CAT/C/36/D/181/2001, Párr. 9.5. Véase, para un análisis más detallado el subepígrafe sobre el asunto Hissène Habré, caso paradigmático en este estudio.

¹¹⁵⁷ Si bien es cierto que no faltan, en la jurisprudencia de los últimos años, ejemplos de aplicación directa del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. El caso Fujimori, que conoció de las prácticas generalizadas de violaciones de derechos humanos durante el gobierno del Presidente Fujimori entre 1990 y 2000 en Perú, es el caso de referencia en este ámbito. Así, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú, en su sentencia de 7 de abril de 2009 califica los delitos de homicidio y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta como crímenes contra la humanidad a través de la incorporación directa del derecho internacional consuetudinario. En este fallo, el reconocimiento de la aplicabilidad directa de este sistema normativo se desprende tanto del recurso a instrumentos jurídicos internacionales como de la remisión a la jurisprudencia de tribunales penales internacionales para su definición (Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Caso Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, Sala Penal Especial, Expediente nº A.V. 19-2001, Sentencia de 7 de Abril de 2009, párr. 711). Véase CARRILLO SANTARELLI, C. y ESPÓSITO, C., “Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII-2, 2011, pp. 51-86. Para un visión española, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos estatales: de la aplicación indirecta y directa del derecho internacional por el juez español”, *Foro, Nueva época*, núm. 14, 2011, pp. 167-193. Para una revisión del estado de la cuestión en Estados Unidos, véase KU, J.G., “Customary International Law in State Courts”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, 2001-2002, p. 265. También puede accederse a un análisis de la jurisprudencia referente a la aplicación directa del derecho internacional con un enfoque latinoamericano en la tesis doctoral defendida por Aylín Brizeida Ordoñez Reyna en 2010 en la Universidad Autónoma de Barcelona. Este estudio presta particular atención a la casuística en los siguientes países: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. ORDOÑEZ REYNA, A.B., *Régimen constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica*, TU, Dtor: Jaume Vernet I Llobet; tutora: Roser Martínez Quirante, Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico Jurídicas de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2010.

sustantivo por parte de los tribunales domésticos en aplicación, eso sí, de las leyes procesales nacionales. Sin embargo, es precisamente la falta de centralización y homogeneidad en la regulación y aplicación de algunas normas procesales lo que provoca la violación de derechos fundamentales y crea el clima idóneo para que perviva la impunidad¹¹⁵⁸.

Evidentemente, se dará prioridad al examen de las regulaciones internas que incorporen esta obligación utilizando la fórmula en la Propuesta de Convención (que como hemos visto, coincide con la de muchos convenios), sin perjuicio de que se analicen otras fórmulas más restrictivas que introduzcan obstáculos de cara al efectivo enjuiciamiento del presunto responsable de un crimen de lesa humanidad (ej. Requisito del consentimiento del poder ejecutivo o cualquier elemento que obstaculice la consideración exclusiva de la presencia del sospechoso en el territorio como activador de la cláusula alternativa).

En 2009, en uno de los trabajos monográficos más importantes realizados hasta la fecha sobre la obligación de extraditar o juzgar, Claire Mitchell, tras estudiar el sistema legislativo de 94 países, llega a la conclusión de que solo el 52% de los mismos (49) cuentan con una legislación interna que permita la aplicación extraterritorial de su jurisdicción a un presunto responsable extranjero de un crimen de lesa humanidad que se encuentre en su territorio¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁸ NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule...* op cit., p. 86. Nollkaemper resume, con una asombrosa capacidad sintetizadora, la problemática de la que venimos hablando: “However, a tension may exist between a state’s obligation to perform international obligations, on one hand, and the freedom to rely on domestic procedural law, on the other. In particular cases, the latter may frustrate the former. Moreover, differences in procedural laws between states will cause different degrees of effectiveness in terms of performance between states”. Tras citar algunos pronunciamientos del TJE en los que se infiere una clara tendencia hacia la homogeneización de la normativa procesal (Caso C-50/00, P Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo de la Unión Europea (2002), ECR I-6677, Caso C-312/93, Peterbroeck c. Estado Belga (1995) ECR I-4599, 15-21), el autor reconoce las limitaciones territoriales de la aplicación de esta jurisprudencia, ante lo cual propone que el derecho internacional dé un paso más y pase a regular, de manera centralizada, algunos principios concretos de derecho procesal. Cita como ejemplo, la Convención de la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutaria a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, en virtud de la cual el derecho internacional establece restricciones en el ámbito procesal. En este caso, afirma el iusinternacionalista, la naturaleza internacional de los crímenes impone una restricción internacional en la libertad de aplicación de la normativa procesal doméstica. Véase, para ahondar sobre esta cuestión, CHAVEZ TAFUR, G., “Using International Law to By-Pass Domestic Legal Hurdles. On the Applicability of the Statute of Limitations in the Menéndez et al. Case” *JICJ*, vol. 6, 2008, p. 1061, p. 1074.

¹¹⁵⁹ Estos Estados son: Alemania, Argentina, Australia, Azerbaiyán, Austria, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Colombia, República Democrática del Congo, Costa Rica,

El acento debe ponerse aquí en el término “permite”. Si bien es cierto que los resultados obtenidos por Mitchell representan el punto de partida para llevar a cabo esta investigación, el objetivo de la misma, en particular en lo que respecta a este subapartado, es averiguar qué Estados han incorporado a su legislación interna la *obligación* de extraditar o juzgar, y no qué Estados contienen preceptos que *permitirían* el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en supuestos de comisión de crímenes de lesa humanidad¹¹⁶⁰.

Así, este apartado pretende lograr dos objetivos: identificar a los Estados que han incorporado a su legislación interna la obligación convencional de extraditar o juzgar con respecto a los crímenes de lesa humanidad; y colmar, en la medida de lo posible, la

Croacia, Cuba, República Checa, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Etiopía, Finlandia, Filipinas, Honduras, Italia, Líbano, Lituania, Macedonia, Montenegro, Nueva Zelanda, Noruega, Omán, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Rumanía, Serbia, Siria, Sudáfrica, Suecia, Tajikistán, Timor Oriental, Turquía y Venezuela. La autora afirma que de los 192 países que en 2009 eran parte de las Naciones Unidas, había 98 respecto de los cuales no existía suficiente información disponible para poder determinar su posición jurisdiccional respecto de los crímenes de lesa humanidad. Mitchell, C., *Aut Dedere, aut Judicare...* op cit., Anexo 3. Quede aquí referida la utilísima e inspiradora clasificación propuesta por Claire Mitchell sobre los tres métodos tradicionalmente utilizados por los Estados para regular la aplicación extraterritorial de su jurisdicción, posibilitando así el enjuiciamiento de extranjeros por la comisión de graves crímenes internacionales:

- a. Legislación doméstica incorporando un tratado o convenio particular. Suele utilizarse por países con sistema jurídico “Common Law”, como el Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Canadá o los Estados Unidos.
- b. Norma en blanco, generalmente en el Código Penal del Estado, que, sin referirse a un convenio o crimen concreto, articula la jurisdicción extraterritorial o universal para un cierto tipo de crímenes. A veces, en este tipo encontramos remisiones al derecho convencional, otras veces la disposición condiciona el ejercicio de la jurisdicción a que el crimen en cuestión esté castigado con un pena mínima. Otra modalidad de este método es aquella en la que el Estado reclama su jurisdicción sobre cualquier delito perpetrado fuera del territorio del Estado siempre y cuando el sospechoso no sea extraditado. Otra variación de este método consiste en regular la jurisdicción sobre los delitos cometidos por extranjeros fuera del territorio si el delito está prohibido tanto en el Estado de custodia como en el Estado en el que el se cometió.
- c. Precepto constitucional que permita la incorporación directa del derecho internacional, convencional o consuetudinario.

¹¹⁶⁰ Entre otros muchos motivos expuestos a lo largo de esta investigación, quede aquí recordado que la fórmula de la “permisividad” o “capacidad para ejercer jurisdicción” sin el elemento imperativo expone tanto la decisión de la extradición como del enjuiciamiento al peligro de la politización. Así, Mitchell nota que muchos de los Estados que regulan su jurisdicción extraterritorial condicionan, en última instancia, la decisión de su ejercicio a la existencia del consentimiento por parte de la rama ejecutiva del gobierno mediante el Fiscal General. Cita, a modo de ejemplo los siguientes: Australia, Burundi, Canadá, Colombia, República Democrática del Congo, Etiopía, Finlandia, Hungría, India, Israel, Kenia, Nueva Zelanda, Seychelles o Singapur. Mitchell, C., *Aut Dedere, aut Judicare...* op cit., 1.3. Customary international law, párr. 36.

laguna que resulta de la inaccesibilidad a la legislación interna de 98 de los 193 Estados parte en las Naciones Unidas a la que tuvo que enfrentarse la autora del estudio más reciente sobre esta cuestión, la citada Claire Mitchell. Para ello, se acudirá a bases de datos que han sido recientemente creadas¹¹⁶¹ o actualizadas¹¹⁶².

En tanto que el ámbito objetivo de estudio está circunscrito a un crimen respecto del cual no existe un Convenio Internacional aún, el primero de los objetivos queda descartado. De hecho, es precisamente esta situación la que hace que el análisis de la incorporación interna de esta obligación en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad resulte mucho más interesante. Los Estados no están obligados a ello en virtud de una obligación convencional adquirida al ratificar un convenio, con lo cual, en palabras de Mitchell “(...) Domestic legislation that allows the prosecution of extraterritorial crimes against humanity or genocide in lieu of extradition could be evidence that supports the existence of a customary obligation to extradite or prosecute”¹¹⁶³.

Es conveniente, antes de pasar a presentar los resultados, realizar algunas aclaraciones y puntualizaciones sobre el contenido exacto de los datos expuestos a continuación. En primer lugar, en términos numéricos, se ha analizado la legislación penal y procesal penal de 181 Estados. La imposibilidad de acceder directa o indirectamente a los

¹¹⁶¹ Legal Tools Database de la Corte Penal Internacional. Disponible en http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3857/ - results. Véase apartado “National Implementing Legislation”.

¹¹⁶² Informe Preliminar de Amnistía Internacional de 2012 sobre el estado de la legislación en el mundo en relación al principio de jurisdicción universal, IOR 53/019/2012; Base de datos actualizada del Comité Internacional de la Cruz Roja para el estudio del derecho internacional humanitario consuetudinario. ICRC, Customary International Humanitarian Law. Se ha acudido principalmente a las referencias contenidas en el análisis de la Regla 157 (Jurisdicción sobre crímenes de guerra) ya que el apartado IV (Legislación Nacional) cita disposiciones frecuentemente aplicables también a los crímenes de lesa humanidad, disponible en http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule157. Algunos de los Proyectos de Ley en este ámbito se han podido consultar en la página de la Coalición por la Corte Penal Internacional <http://www.iccnw.org/?mod=romeimplementation&idudctp=8&show=all> - 8. También se ha acudido, para consultar los Códigos Penales, Procesales y Constituciones de todos los Estados del mundo a la completísima y pública base de datos de refworld. Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,,,0.html>

¹¹⁶³ MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, cap. 1.3. Customary international law, párr. 38. Es la propia autora la que subraya la existencia de una laguna en el ámbito del crimen de lesa humanidad e invita a la CDI a colmarla, empresa a la que modestamente se pretende contribuir con este trabajo: “Unfortunately the research is less complete for these crimes (crimes against humanity and genocide), in part because there is no reporting obligation in respect of these crimes as there is for torture and terrorist crimes, meaning that any research is hampered by access to domestic legislation and language difficulties. Perhaps the ILC, in encouraging States to provide information regarding their extra-territorial jurisdiction, may be able to fill in these gaps”.

documentos y códigos de los 12 Estados que faltan para llegar a la cifra de los 193 Estados que forman parte de las Naciones Unidas es lo que ha determinado esta limitación¹¹⁶⁴. En segundo lugar, a pesar de que, como se ha expuesto anteriormente, la aplicación directa de cláusulas procesales contenidas en instrumentos convencionales resulta, aunque no imposible, mucho más complicada que la aplicación del derecho sustantivo mediante esta vía, no ha habido, en algunos de los casos analizados, alternativa al reconocimiento de la aplicabilidad del *aut dedere aut judicare* por remisión a las obligaciones derivadas de los convenios ratificados. Recordemos también aquí que toda la discusión presentada a continuación está circunscrita al crimen de lesa humanidad.

A efectos expositivos, se presentarán los resultados atendiendo a la siguiente clasificación:

a. Estados que incorporan la obligación de extraditar o juzgar en sentido “puro”. Esto es, que la incorporan a sus Códigos Penales, procesales o leyes internas de manera explícita posibilitando su aplicación directa. Se han identificado 17 componentes de este primer grupo: Afganistán, Alemania, Argentina, Armenia, Azerbayán, Bielorrusia, Camerún, Colombia, Cuba, República Checa, Dinamarca, España, Filipinas, Francia, Suiza, Uruguay y Venezuela¹¹⁶⁵. Posiblemente Luxemburgo pueda ser incluido también en este grupo. También se han identificado un Estado que cuentan con disposiciones en la ley interna que positivizan la obligación de extraditar o juzgar pero que no están aún en vigor: Angola.

b. Estados que incorporan la obligación de extraditar o juzgar mediante remisión a instrumentos convencionales de los que son parte y que, a su vez, reconocen esta cláusula alternativa. En ocasiones encontraremos esta remisión a la aplicación directa del derecho convencional en la propia Constitución. Entre los Estados que han

¹¹⁶⁴ Se ha optado por trabajar con la lista de Estados parte en Naciones Unidas por cuestiones prácticas, sin que ello deba interpretarse como un gesto de indiferencia o falta de reconocimiento de la dramática y perpetuada existencia de territorios colonizados cuyo derecho a la autodeterminación y al alcance del pleno autogobierno se viene violando desde hace años. Véase la Lista de Estados parte en Naciones Unidas. Disponible aquí. Consultado el 12/09/2013. En la actualidad, son 17 los territorios incluidos en esta lista oficial de Naciones Unidas. Disponible aquí. Consultado el 12/09/2013.

¹¹⁶⁵ Consúltense el análisis completo de estos resultados en el Anexo 1.

incorporado esta cláusula alternativa a través de la inclusión en sus leyes domésticas de remisiones a instrumentos convencionales, podemos citar 13 Estados: Bosnia y Herzegovina, Chile, China, Finlandia, Malta, Mónaco, Noruega, Panamá, Perú, Polonia, Qatar, San Marino y Somalia. Hay 6 países a cuya Constitución es necesario acudir para inferir la vigencia de esta cláusula alternativa: Austria, Haití, Malí, Namibia, Swazilandia y Túnez¹¹⁶⁶.

c. *Estados que incorporan la obligación de juzgar, bien en sentido “puro”, bien mediante remisión al derecho convencional.* Estos Estados están marcados en amarillo en el anexo 1, y suman un total de 11: Brasil, Burundi, Costa Rica, Estonia, Ghana, Guatemala, Honduras, Irán, Lesotho, Mongolia y Paraguay.

d. *Estados que reconocen el alcance extraterritorial de la jurisdicción de sus tribunales, bien mediante ley interna, bien mediante remisión al derecho convencional o derecho internacional general. También incluidos aquí los que incorporan el principio de jurisdicción universal.* De los 181 Estados estudiados, 65 son subsumibles en esta categoría: Australia, Benín, Bolivia, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Cabo Verde, Chipre, Comoros, Congo, Costa de Marfil, Corea del Sur, Croacia, República Democrática del Congo, República Dominicana, Ecuador, Eslovenia, Eritrea, Etiopía, Fiji, Georgia, Guinea Ecuatorial, Hungría, Iraq, Israel, Italia, Japón, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Laos, Letonia, Liberia, Lituania, Macedonia, Madagascar (jurisdicción universal para tortura), Marruecos, Islas Marshall, Mauricio, México, Moldavia, Montenegro, Mozambique, Nueva Zelanda, Nicaragua, Níger, Países Bajos, Portugal, Reino Unido¹¹⁶⁷, Rusia, Ruanda, Samoa, Senegal¹¹⁶⁸, Serbia, Sudáfrica, Suecia,

¹¹⁶⁶ *Id.*

¹¹⁶⁷ Aunque con la limitación de que se exige que el presunto autor sea nacional o residente del Estado. Para el análisis de la legislación del Reino Unido se ha contado con la inestimable ayuda de Alexander Shattock, miembro del International Law Bureau, en Londres y Kathryn Hovington, abogada especializada en derecho penal internacional, también miembro del International Law Bureau.

¹¹⁶⁸ La evaluación del reconocimiento legislativo de la obligación de extraditar o juzgar para crímenes internacionales debe realizarse, en el caso de Senegal, conjuntamente con el estudio del proceso para la creación de las Cámaras Extraordinarias Africanas en su territorio con el fin de enjuiciar los crímenes cometidos por el ex dictador chadiano, Hissène Habré, siguiendo el mandato otorgado por la Unión Africana. Véase apartado 8.1.2.3.7 en este mismo capítulo.

Tajikistán, Timor Oriental, Trinidad y Tobago (jurisdicción universal), Turquía, Turkmenistán, Uganda, Ucrania, Uzbekistán y Vanautu¹¹⁶⁹.

e. *Estados que no reconocen la obligación de extraditar o juzgar o Estados cuya legislación interna no pudo ser analizada por incapacidad de acceder a la fuente en idioma conocido.* En 65 casos, el análisis de la legislación interna evidenció que no se había incorporado ninguna referencia ni a la obligación de extraditar o juzgar ni al alcance extraterritorial de la jurisdicción o ley penal de estos Estados en relación al crimen de lesa humanidad. En esta categoría se incluyen las legislaciones internas que, reconociendo el alcance extraterritorial de la ley penal y la jurisdicción para algunos de los subtipos que podrían conformar el CLH, no han tipificado este crimen internacional: Albania, Arabia Saudita, Argelia, Bahrein, Bangladesh, Bélgica, Belice, Bután, Botswana, Brunei Darussalam, Camboya¹¹⁷⁰, República Centro Africana, Chad, Djibouti, El Salvador, Eslovaquia, Estados Unidos, Gabón, Gambia, Granada, Guinea, Guinea Bissau, Islandia, Irlanda, India, Indonesia, Jamaica, Jordania, Kiribati, Kuwait, Líbano, Liechtenstein, Malasia, Malawi, Maldivas, Mauritania, Micronesia (Estados Federados), Myanmar, Nauru, Nepal, Nigeria, Omán, Paquistán, Palau, Papúa-Nueva Guinea, Rumanía, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles, Sierra Leona¹¹⁷¹, Siria¹¹⁷², Singapur, Suecia, Islas Solomón, Sri Lanka, Sudán del Sur, Surinam, Tailandia, Tanzania, Togo, Tuvalu, Yemen, Zambia y Zimbawe.

Entre las legislaciones inaccesibles, 13 Estados: Andorra, Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Corea del Norte, Dominica, Egipto¹¹⁷³, Emiratos Árabes, Grecia, Guyana, Libia, San Cristóbal y Nevis y Tonga.

¹¹⁶⁹ Consúltase el análisis completo de estos resultados en el Anexo 1.

¹¹⁷⁰ Es preciso tener en cuenta la creación de las Cámaras Extraordinarias de Camboya a la hora de analizar el sistema jurídico doméstico para el enjuiciamiento de crímenes internacionales.

¹¹⁷¹ Lo mismo ocurre con Sierra Leona, imprescindible consultar el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.

¹¹⁷² La guerra civil que dura ya dos años en Siria hace difícil extraer conclusiones sobre el derecho penal aplicable en este Estado.

¹¹⁷³ En el momento en que se escriben estas líneas (septiembre 2013), Egipto está atravesando un período de revolución e inestabilidad política que impiden acceder a fuentes fiables de las que extraer la legislación vigente.

8.2.1.3. Jurisprudencia¹¹⁷⁴

Sin perjuicio de la existencia de posturas doctrinales que cuestionan su relevancia¹¹⁷⁵, las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en aplicación de este principio constituyen una de las fuentes esenciales a la hora de extraer la naturaleza consuetudinaria de la cláusula que nos ocupa en esta tesis.

Los casos que aquí estamos buscando incluyen procesos por crímenes de lesa humanidad contra sus presuntos autores sobre la base de la presencia de los mismos en el territorio de un Estado. La ausencia de un tratado internacional que recoja la cláusula *aut dedere aut judicare* para estos crímenes específicos exige que la aplicación de este mecanismo procesal se apoye en el derecho consuetudinario, de tal forma que los casos aquí presentados pueden contribuir a responder a la pregunta central de esta tesis: la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad. Sobra aclarar que no se ha pretendido en este apartado presentar una relación exhaustiva de todos los casos en los que, en el marco sustantivo del crimen de lesa humanidad, los tribunales domésticos han ejercido su jurisdicción sobre la base del *aut dedere aut judicare*, sino que se ha buscado arrojar un poco de luz sobre la casuística existente, abordando los casos más significativos.

Además, los siguientes resultados se presentan teniendo como telón de fondo la reciente y ya analizada sentencia de la CIJ en el caso de Alemania c. Italia que introdujo un valor numérico como criterio para determinar la no cristalización de una costumbre internacional.

¹¹⁷⁴ Para la elaboración de este apartado se ha contado con la inestimable colaboración del Director del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar de la Comisión de Derecho Internacional, D. Kriangsak Kittichai, que ha facilitado este trabajo mediante el envío de cruciales documentos de debate y artículos de gran relevancia para el estudio del tema.

¹¹⁷⁵ WALT, S., “Why jurisprudence doesn’t matter for customary international law”, William and Mary Law Review, vol. 54, 2012-2013, p. 1023.

Para el análisis y presentación de los casos se procederá a una división por continentes¹¹⁷⁶:

África

Etiopía

El 11 de enero de 2007, el Alto Tribunal Federal de Etiopía dicta una sentencia condenatoria contra el Ex Presidente de Etiopía, Mengistu Hailemariam, por la comisión de crímenes de genocidio y de lesa humanidad¹¹⁷⁷ durante los 14 años que dirigió el país (1977-1991). Se trata del primer caso en la historia de África en el que un tribunal nacional africano enjuicia la atrocidades cometidas en el marco de un régimen que ha estado vigente en su propio país en aplicación de su legislación doméstica. El juicio se celebró *in absentia*, en tanto que Mengistu se encontraba exiliado en Zimbabwe, que declaró no tener ninguna intención de extraditarlo¹¹⁷⁸. Esta sentencia culmina una investigación abierta hace más de 12 años y que desde 1994 ha dado lugar a más de 1018 procesos contra participantes en el “Terror Rojo”¹¹⁷⁹.

Más que un caso de clara aplicación del *aut dedere aut judicare*, se trata éste de un asunto que invita a la reflexión en relación a ciertas lagunas y desafíos existentes en torno a esta cláusula.

Mengistu fue declarado culpable en un juicio múltiple junto con otros 54 acusados. 25 de ellos fueron condenados *in absentia*, algunos de ellos se refugiaron en la Embajada

¹¹⁷⁶ Para la elaboración de este apartado se ha trabajado fundamentalmente con dos bases de datos: el **Legal Tools Project de la CPI y la Domestic Case Law on International Criminal Law Database del Insituto Asser**. Otras bases de datos consultadas incluyen **Prevent Crime International** y la **base de datos del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre derecho humanitario consuetudinario**.

¹¹⁷⁷ Aunque los asesinatos generalizados y sistemáticos recibieron la calificación de “crimen de lesa humanidad” sino que fueron juzgados como tales. Esta decisión de calificación debe ser interpretada en el marco de un Código Penal de 1957 que identifica los crímenes de lesa humanidad con el genocidio. Véase el artículo 281. La Corte de Apelación confirmó los cargos y agravó la sentencia, condenando al ex Presidente la pena de muerte, el 26 de mayo de 2008. Véase DUVAL SMITH, A., “Former Ethiopian dictator Megistu sentenced to death”, The Independent, 27 de mayo de 2008. Disponible aquí, consultado el 21/09/2013

¹¹⁷⁸ GETTLEMAN, J., “Ethiopia’s Ex Dictator Convicted of Genocide”, New York Times, 12 de diciembre de 2006. Disponible aquí. Consultado el 21/09/2013

¹¹⁷⁹ Dada la imposibilidad de acceder a los documentos oficiales del juicio por su falta de publicidad, esta sección se basa en los datos presentados en el siguiente artículo: KEBEDE TIBA, F., “The Megistu Genocide Trial in Ethiopia”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, 513-528.

Italiana, que se niega a extraditarlos por el riesgo de que se enfrenten a la pena capital (aunque en este juicio la condena fue de cadena perpetua, algunos de los condenados ya habían sido sentenciados a pena capital por otra sección del tribunal por otros crímenes). La cuestión que aquí se plantea es la siguiente: a la luz de la denegación de extradición para cumplir condena por parte de Italia, ¿cómo debería proceder este Estado teniendo en cuenta el principio de *non bis in ídem*, igualdad soberana de todos los Estado y la obligación de extraditar o juzgar que, al menos en virtud del derecho convencional, vincula a Italia en lo que respecta a genocidios y torturas?

Sudáfrica

En 2012, el Alto Tribunal del Norte de Gauteng (Sudáfrica) dicta una sentencia que, aunque no ha sido objeto de gran atención por parte del mundo académico, supone un antes y un después en el ámbito de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales domésticos. Se trata del caso *Southern African Litigation Centre and Another v. National Director of Public Prosecution and Others*¹¹⁸⁰, más conocido como el “Zimbabwe Torture Judgment”. En este asunto, el Alto Tribunal afirmó que el Estado estaba obligado a investigar la comisión de crímenes internacionales en virtud del principio de jurisdicción universal recogido en la ley de incorporación doméstica del Estatuto de Roma y como resultado de las obligaciones que se derivan de ser un Estado Parte en este Estatuto, basadas concretamente, en el principio de complementariedad.

En el caso en cuestión, el Centro Sudafricano de Litigación (SALC), ante la inacción de los tribunales de Zimbabwe con respecto a las supuestas torturas cometidas por la policía contra más de 100 miembros del partido principal de la oposición tras una detención masiva el 27 de marzo de 2007, decide denunciar los hechos, que considera constitutivos de un crimen de lesa humanidad, ante los tribunales sudafricanos. Seis ministros, jefes de departamentos y miembros de la policía son acusados. El 8 de mayo de 2012, el Juez Fabricius dicta una sentencia en la que afirma que Sudáfrica está obligada a investigar la comisión de crímenes de competencia de la CPI¹¹⁸¹ y que la

¹¹⁸⁰ *Southern African Litigation Centre and Another v. National Director of Public Prosecution and Others* (2012) ZAGPPHC 61, 8 de mayo de 2012.

¹¹⁸¹ *Id.*, párr. 26: “(...) Respondents (South African Authorities) did not discharge their obligations in

presencia del acusado en el territorio sólo es un requisito necesario para iniciar el enjuiciamiento, pudiendo abrirse una investigación sin que concurra esta circunstancia¹¹⁸². Se formula así una nueva versión de la obligación de extraditar o juzgar, que se sitúa en un territorio difuso entre la cláusula alternativa y el principio de jurisdicción universal recurriendo, para la elaboración de su estructura, a la reformulación a un instituto fundamental en el derecho penal internacional: el principio de complementariedad que regula las relaciones con la CPI¹¹⁸³.

Este caso es de gran interés para la presente investigación por varios motivos: en primer lugar, porque presenta una nueva versión de la obligación de extraditar o juzgar mucho más expansiva que se limita a exigir la presencia del acusado para el enjuiciamiento, eliminando el carácter activador de la competencia de este elemento, pero haciendo a la vez referencia a la segunda parte de la cláusula (la extradición), ya que en un principio podría pensarse que la obligación era simplemente la de juzgar. Al exigir la presencia para el enjuiciamiento se introduce necesariamente el segundo componente de esta cláusula alternativa. En segundo lugar, porque se trata de un caso catalizador que ha provocado la apertura de sucesivos procesos como la investigación de la posible responsabilidad del ex Presidente de Madagascar, Marc Ravalomanana, exiliado y residente en Sudáfrica, en los supuestos crímenes de lesa humanidad cometidos durante la crisis política acaecida en este país en el 2009¹¹⁸⁴. En febrero de 2013, el Ministerio Fiscal y la Policía (SAPS) sudafricana abren un segundo procedimiento en Zimbawe en relación a las supuestas violaciones en masa en tanto que crimen contra la humanidad, perpetradas en este país durante la campaña electoral previa a las elecciones

accordance with South Africa's international obligations, nor with an appreciation and sound understanding of international customary and criminal law, nor in accordance with the ICC Act, read with the Presidential Proclamation, the SAPS Act and the NPA Act.(...)"

¹¹⁸² *Id.*, párr. 31.

¹¹⁸³ Para un análisis detallado y crítico del recurso al principio de complementariedad en este asunto véase VENTURA, M.J., "Complementarity and universal jurisdiction: South Africa's International Criminal Court Act and the domestic investigation of extraterritorial international crimes", War Report 2013, Geneva Academy. Este autor considera que si bien es cierto que, en este caso, Sudáfrica puede tener una obligación de investigar los crímenes de lesa humanidad cometidos en Zimbawe, esta obligación no puede basarse en el Estatuto de Roma o en el principio de complementariedad sino que debe fundamentarse "elsewhere at international law"(pp. 12).

¹¹⁸⁴ En este caso, se volvió a justificar la jurisdicción de los tribunales sudafricanos sobre la base de la aplicación de la ley de implementación del Estatuto de Roma. Rakoto y otros c. Director, Directorate for Property Crimes and Others (2012), ZAGPPHC 281, 19 de noviembre de 2012. Disponible aquí. Consultado el 2/11/2013.

presidenciales de 2008¹¹⁸⁵. Con anterioridad, también en Sudáfrica, en el caso *S. c. Basson*, el Tribunal Constitucional había reconocido la existencia de la obligación, derivaba del derecho internacional, de juzgar los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra¹¹⁸⁶. Basson, ex director del programa secreto sudafricano de armas químicas y bacteriológicos, fue acusado de la comisión de 67 crímenes de lesa humanidad cometidos durante el apartheid en 1999. En el año 2002 fue declarado inocente.

Asia

El acceso a la jurisprudencia en el continente asiático ha presentado obstáculos lingüísticos insalvables. Por consiguiente, para el análisis de Asia, me limitaré a aludir a la existencia de varios tribunales internacionales o especiales para conocer de las más graves violaciones de derechos humanos perpetradas en este territorio (Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya, el Alto Tribunal Penal Iraquí, Tribunal Ad Hoc de Derechos Humanos para Timor Oriental)¹¹⁸⁷.

América Latina

Argentina

Previamente a la decisión de la jueza argentina María Servini de Cubría de abrir un proceso contra los presuntos responsables de crímenes de lesa humanidad perpetrados durante la guerra civil española y la dictadura franquista, los tribunales argentinos contaban con poca experiencia en el ámbito de la aplicación de la obligación de

¹¹⁸⁵ AIDS-Free World, “For Mugabe's Rape Gangs, Time Has Run Out: South Africa to Investigate Zimbabwe's Politically Motivated Rape, 25 de febrero de 2013. Disponible aquí. Consultado el 1/11/2013.

¹¹⁸⁶ Corte Constitucional de Sudáfrica, *El Estado c. Wouter Basson*, caso CCT 30/03, sentencia de 10 de marzo de 2004, párr. 37

¹¹⁸⁷ Ídem en relación a territorios para cuyos crímenes se han creados tribunales internacionales ad hoc (TPIY y TPIR).

extraditar o juzgar, que sólo había sido tímidamente desarrollada en algunas opiniones particulares de algunas sentencias¹¹⁸⁸.

En la actualidad, se está escribiendo una página nueva de la historia de la justicia penal internacional. Tras dictar una orden de detención internacional contra cuatro presuntos torturadores del franquismo, la magistrada ha solicitado la extradición de funcionarios policiales y de la Guardia Civil en el marco de la causa abierta para juzgar los crímenes del franquismo¹¹⁸⁹.

A la espera del ver cómo procede este polémico caso, habiéndose analizado algunas de sus características en el capítulo IV, quede aquí simplemente esbozado parte del razonamiento jurídico esgrimido por la jueza argentina en el referido auto de detención, en el que reconoce la emergencia de esta obligación alternativa a través de la cita de un especialista en derecho penal internacional, Hugo Adrián Relva:

(Refiriéndose a la jurisdicción para los crímenes regulados en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad) “Dice Relva que en la actualidad parece advertirse una tendencia creciente a considerar tal ejercicio jurisdiccional como una obligación legal de carácter internacional¹¹⁹⁰”.

Más adelante, aludiendo exclusivamente a los crímenes de lesa humanidad, la jueza afirma que “(...) como sostiene Relva en su artículo, los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *ius cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable. Los deberes jurídicos que ello acarrea son la obligación de enjuiciar o extraditar (*aut dedere aut judicare*); (...)”¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ Véanse los casos Simón, Astiz y Lariz Iriondo, citados Amnistía Internacional, International Law Commission: the obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*), IOR 40/001/2009, Londres, 2009, p. 23.

¹¹⁸⁹ DELICADO, A., “Argentina dicta orden de detención internacional contra cuatro torturadores del franquismo”, Público, 18 de septiembre de 2013. Disponible aquí, consultado el 2/11/2013.

¹¹⁹⁰ Juzgado criminal y correccional federal 1, Auto, Causa n° 4.591/2010, “N.”. s/genocidio”, de 18 de septiembre de 2013, pp. 129.

¹¹⁹¹ *Id.*, p. 140.

Chile

En 2004, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile reconoció, en el caso Sandoval, que una de las consecuencias jurídicas de la comisión de un crimen de desaparición forzada (que puede ser constitutivo de crimen de lesa humanidad) es la “obligación de extraditar o juzgar a los responsables del delito”¹¹⁹².

Tres años más tarde, la Corte Suprema de Chile afirmó, en el caso de la solicitud de extradición del ex Presidente peruano, Alberto Fujimori, acusado de la comisión de crímenes de lesa humanidad, que si bien el artículo 4 del Tratado de Extradición entre Chile y Perú permite a las partes la no extradición de nacionales, en caso de que esto acaezca, el Estado requerido debe procesar al acusado mediante los tribunales domésticos como si el hecho hubiese ocurrido en su territorio¹¹⁹³.

¹¹⁹² Si bien es cierto que se apoya, para hacer esta afirmación, en la incorporación del delito de Desaparición Forzada como delito internacional en la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. Quinta Sala de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 11.821-2003. Sentencia de 4 de enero de 2004, párr. 39

¹¹⁹³ Citado en Amnistía Internacional, International Law Commission: the obligation to extradite...*op. cit.* nota al pie 60.

Perú

La jurisprudencia peruana es también bastante rica en el ámbito del reconocimiento de la obligación de juzgar las más graves violaciones de derechos humanos. Partiendo del hecho que en los casos hallados no es posible encontrar el elemento de la extraterritorialidad (los hechos juzgados han ocurrido en territorio peruano), los razonamientos jurídicos de los tribunales en los sendos casos que han abordado esta cuestión ofrecen elaborados argumentos de los que se puede inferir el reconocimiento de la cláusula alternativa para los crímenes de lesa humanidad. En el caso Jose Luis Crousillat López, el Tribunal Constitucional peruano se pronunció en los siguientes términos:

“Por este motivo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado y aplicado en forma permanente una jurisprudencia vinculante que permita a los jueces y fiscales cumplir adecuadamente con sus funciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el período 1980-2000, a partir de una interpretación de los derechos y las obligaciones estatales previstas en la Constitución de 1993 y los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. La siguiente relación de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional así lo confirma: - STC 2488-2002-HC/TC, de 18 de marzo del 2004. Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, estuvo relacionado con la falta de investigación por parte del Ministerio Público de la desaparición forzada del señor Genaro Villegas Namuche, ocurrida en el año de 1992. -STC 2798-2004-HC/TC, de 9 de diciembre del 2004. Este caso, resuelto por la Sala Primera del Tribunal, estuvo relacionado con el cómputo del plazo de detención del Sr. Gabriel Orlando Vera Navarrete, quien tenía varios procesos penales en su contra, acusado de ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “La Cantuta” (1992), “Barrios Altos” (1992), entre otros. - STC 4677-2005-HC/TC, de 12 de agosto del 2005: Caso similar al anterior, resuelto por el Pleno del Tribunal y referido al cómputo del plazo de detención del Sr. Javier Rivero Lazo. - STC 4587-2004-PA/TC, de 29 de noviembre del 2005: Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, estuvo relacionado con el proceso penal iniciado al Sr. Santiago Martin Rivas por las ejecuciones

arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “Barrios Altos”. - STC 679-2005-PA/TC, de 2 de marzo del 2007: Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, también estuvo relacionado con el proceso penal iniciado al Sr. Santiago Martin Rivas por las ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “Barrios Altos”. - STC 3938-2007-PA/TC, de 5 de noviembre del 2007: Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, estuvo relacionado con el proceso penal iniciado al Sr. Julio Rolando Salazar Monroe por las ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “Barrios Altos”. - STC 01271-2008-PA/TC, de 8 de agosto de 2008. Este caso, resuelto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, resuelve la demanda de hábeas corpus de José Enrique Crousillat López Torres, donde se reafirma la fuerza vinculante de la jurisdicción universal y de los tribunales internacionales, así como la competencia de los tribunales nacionales en materia de protección judicial de los derechos humanos. 7. A través de esta jurisprudencia, ratificada por el Pleno del Tribunal Constitucional desde el año 2002 hasta la fecha, se han establecido importantes criterios de interpretación de la Constitución relacionados con la investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos, destacando entre ellas el reconocimiento del derecho a la verdad como un derecho fundamental, la precisión sobre la obligación del Estado de investigar los casos de ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el compromiso del Estado peruano en materia de lucha contra la impunidad, entre otros aspectos de particular importancia¹¹⁹⁴.

¹¹⁹⁴ Tribunal Constitucional de Perú, Sala 0, Sentencia núm. 03173-2008 de 11 de Diciembre de 2008 (Habeas Corpus).

América del Norte

Canadá

Canadá ofrece una interesante casuística en el marco del ejercicio extraterritorial de su jurisdicción en relación a los crímenes de lesa humanidad. La primera condena por crímenes de lesa humanidad cometidos por extranjeros presentes en Canadá fuera del territorio de este país, fue la dictada contra Désiré Munyaneza en 29 de octubre de 2009. Munyaneza fue uno de los líderes hutús a la cabeza del genocidio en la región de Butare (Ruanda) y fue condenado a cadena perpetua por la Corte Superior de Quebec¹¹⁹⁵. Distinta suerte corrió Jacques Mungwarere, un ex profesor ruandés que vivía en Canadá como refugiado desde 1998. En julio de 2013, la Corte Suprema de Ontario, tras meses de investigación, le absolvió por falta de pruebas. En 2009, Mungwarere había sido acusado de la comisión de crímenes contra la humanidad y genocidio en Ruanda en 1994. Este caso evidencia las insuficiencias de la deslocalización de estos juicios ya que el propio juez, Michel Charbonneau, reconoció que el acusado era probablemente culpable pero que no existían pruebas suficientes para condenarlo¹¹⁹⁶. En otro caso, (Mugesera c. Canadá), la Corte Suprema revocó una decisión de la Corte de Apelación que denegaba la extradición de León Mugesera a Ruanda. Mugesera es un político hutú acusado de haber dado una conferencia pública en 1992 en la que incitaba a la comisión de crímenes de lesa humanidad y genocidio, y la denegación se basó en que esta acusación era infundada. La revocación permitió que tras años de lucha, en 2005, Mugesera fuera extraditado a Ruanda donde se enfrenta a cargos de genocidio y crímenes de lesa humanidad¹¹⁹⁷. Pero la colaboración canadiense con la justicia internacional no se ha limitado a las atrocidades cometidas en el conflicto de Ruanda. Así, un caso particularmente interesante es el de Michael Seifert, conocido como la “Bestia de Bolzano” que fue condenado *in absentia* en Italia en el año 2000 por asesinatos cometidos cuando era un guardia de la SS en un campo de concentración en

¹¹⁹⁵ R c. Munyaneza, 2009 QCCS 4865, Sentencia de 29 de octubre de 2009. Disponible aquí. Consultado el 3/10/2013.

¹¹⁹⁶ Canadian Centre for International Justice, Jacques Mungwarere. Disponible aquí, consultado el 2/11/2013. Véase también el comunicado de prensa del Ministerio Fiscal en el que declara que Mungwarere ha sido puesto en libertad. Disponible aquí. Consultado el 3/10/2013.

¹¹⁹⁷ Mugesera c. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration), [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40. Disponible aquí. Consultado el 3/10/2013.

Bolzano. Michael vivía en Canadá desde 1951, habiendo obtenido la nacionalidad bajo un falsa identidad. Tras la condena italiana, Canadá reaccionó con contundencia retirándole la nacionalidad y extraditándolo a Italia el 26 de febrero de 2008, donde cumple cadena perpetua¹¹⁹⁸.

Oceanía

Australia¹¹⁹⁹

En el caso Vasiljkovic c. Commonwealth, Croacia solicitó la extradición de un supuesto responsable de la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que se encontraba en Australia (gozando además de la ciudadanía de este país)¹²⁰⁰. La extradición fue concedida¹²⁰¹ y, aunque no se puede encontrar en la orden de extradición dictada por el Tribunal Supremo Australiano referencia directa a la obligación de extraditar o juzgar, algunos de los razonamientos jurídicos contenidos en esta orden abordan aspectos fundamentales del efecto que las variaciones en los distintos sistemas jurídicos tienen en la construcción del *aut dedere aut judicare*, en concreto en relación al estándar de prueba requerida para proceder a la extradición:

“Another issue for international treaties and arrangements on extradition is whether a State requesting extradition should be required to furnish to the State in which the fugitive is located some, and if so what, evidence, not only about the nature of the

¹¹⁹⁸ Aunque este caso no refleja la obligación de extraditar o juzgar en sentido estricto porque se trata de una extradición para cumplimiento de condena ya dictada, debe traerse a colación en tanto que evidencia el compromiso de Canadá con la lucha contra la impunidad, en tanto que en cuanto tuvo conocimiento de la presencia del acusado (y condenado) en su territorio le retiró la nacionalidad y aseguró el cumplimiento de la pena impuesta. Para consultar las sentencia del Tribunal de Verona o las Sentencia de la Corte de Apelación de Canadá confirmando la extradición, pínchese aquí. Consultado el 2/11/2013.

¹¹⁹⁹ Conviene recordar que Australia es un país que no reconoce la aplicación directa de los tratados internacionales que ratifica, exigiendo para su validez la incorporación de sus disposiciones a la normativa interna.

¹²⁰⁰ Dragan Vasiljkovic está acusado de torturar y asesinar a miembros del ejército bosnio, liderar ataques contra civiles y de varios crímenes contra la Humanidad dirigidos contra la población musulmana en Bosnia-Herzegovina.

¹²⁰¹ Aunque no se materializó hasta 2012 ya que la necesaria autorización del Ministro del Interior tardó dos años en llegar, lo cual evidencia otro de los problemas ya subrayados de la extradición: el rol del poder ejecutivo en la decisión final. VASEK, L., “Croatia bid for Dragan Vasiljkovic extradition approved”, The Australian, 17 de noviembre de 2012. Disponible aquí. Consultado el 2/11/2013.

accusations against the fugitive, but also tending to establish his or her guilt. Writing in 1971, Professor Shearer said:

“ A deep and so far unreconciled conflict exists between the Anglo-American attitude to this question and that of most of the rest of the world. Broadly speaking, British Commonwealth and American courts require that a requesting State make out a *prima facie* case of guilt against an alleged fugitive criminal before they will grant extradition. The weight of the evidence required is the same as would be required by those courts before sending a person accused of the commission of an offence within their own jurisdiction for the trial before a judge and jury. Courts in other countries, by contrast, do not in general concern themselves at all with the strength of the case which the accused will be later called upon to answer; it is enough that the warrant has been regularly issued, identity established and the procedural and substantive stipulations of the treaty fulfilled¹²⁰²”.

Europa

Alemania

En mayo de 2011, un tribunal en Stuttgart abrió un proceso contra Ignace Murwanashyaka y Straton Musoni, acusados de la comisión de 39 crímenes de guerra y 26 crímenes de lesa humanidad cometidos por los miembros de la FDLR (Forces Démocratiques de Libération du Rwanda), en la parte este del Congo entre 2008 y 2009¹²⁰³. Aunque los acusados no se encontraban en la República Democrática del Congo cuando se perpetraron estos delitos, su participación se deriva de la dirección ejercida sobre las tropas de la FDLR, a las que daban órdenes mediante una comunicación directa.

¹²⁰² Vasiljkovic c. Commonwealth (2006), High Court of Australia, 40; 80 ALJR 1399; 228 ALR 447 (3 de agosto de 2006), párr. 9. La solicitud de extradición se realizó sobre la base de la comisión de crímenes de guerra, si bien es cierto que en la sentencia del tribunal croata de 2005, se puede leer que los hechos perpetrados por el acusado constituyen crímenes de lesa humanidad, en violación del derecho internacional. (párr. 129)

¹²⁰³ “Rwanda: Ignace Murwanashyaka and Straton Musoni tried”, BBC News Africa, 4 de mayo de 2011, Disponible aquí. Consultado el 2/11/2013.

Esta investigación y juicio en Alemania se hizo en aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, incorporada por ley en 2002¹²⁰⁴.

Austria

Los tribunales austriacos también parecen haberse sumado al reconocimiento de facto de la obligación de extraditar o juzgar. En mayo de 2011, Austria recibe una solicitud de extradición de Guatemala para procesar a Javier Figueroa, ex subdirector de investigaciones de la Policía Nacional Civil (PNC) de Guatemala, por las presuntas ejecuciones extrajudiciales de prisioneros in Guatemala entre 2005 and 2006 de acuerdo con un plan elaborado junto con otros responsables. En diciembre de 2011, un tribunal de Oberösterreich, Austria, denegó su extradición sobre la base de que corría el riesgo de ser condenado a muerte. No obstante, el portavoz de la Corte aseguró que Figueroa sería juzgado en Austria por los crímenes supuestamente cometidos en Guatemala, en un claro ejemplo de aplicación del *aut dedere aut judicare* para crímenes de lesa humanidad¹²⁰⁵.

Bélgica

Durante algunos años, Bélgica fue considerado el referente mundial del principio de jurisdicción universal¹²⁰⁶. Su aplicación por los tribunales domésticos provocó tensiones

¹²⁰⁴ Human Rights Watch, Germany: Q&A on Trial of Two Rwandan Rebel Leaders, 2 de mayo de 2011. Disponible aquí. Consultado el 1/11/2013.

¹²⁰⁵ “Ex subjefe policial Javier Figueroa será procesado en Austria”, Siglo21, 11 de junio de 2012. Disponible aquí. Consultado el 2/11/2013.

¹²⁰⁶ Cítense, entre otros, el caso Butare (genocidio ruandés), caso Yerodia (ex ministro de asuntos exteriores de la República Democrática del Congo acusado de la crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, proceso suspendido en virtud del reconocimiento de la inmunidad diplomática por parte de la CIJ), caso Sharon y Yaron (otro caso que fue suspendido en aplicación de la inmunidad diplomática. En febrero de 2003 la Corte de Casación reconoció que la presencia de los acusados en el territorio no era condición necesaria para iniciar el procedimiento en virtud del principio de jurisdicción universal reconocido en la ley interna, Arrêt de la Cour de cassation, N P.02.1139.F, 12 de febrero de 2003), caso George Bush (denuncia de ciudadanos iraquíes y ONGs por el crimen de guerra cometido durante la Guerra del Golfo consistente en el arrojado de dos bombas sobre civiles la noche del 12 de febrero de 1991), o la apertura de investigaciones contra ex miembros de los Jémeres Rojos en Camboya, el ex ministro marroquí, Driss Basri, el ex Presidente de Irán, Hashemi Rafsanjani, Pinochet, Sadam Hussein, Fidel Castro, Paul Kagame, Laurent Gbagbo y Yasser Arafat. La mayor parte de estos procesos se vieron

en sus relaciones internacionales que determinaron la reforma de su legislación interna para modular este principio¹²⁰⁷. La prueba más sólida de la postura que ha finalmente consolidado puede encontrarse en los razonamientos esgrimidos en el caso Bélgica c. Senegal, en el que sostiene la vigencia y aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar como parte del derecho consuetudinario. Véase análisis del caso en el apartado 8.1.2.3.7 de este mismo capítulo.

España

La práctica española en materia de ejercicio de la jurisdicción extraterritorial es una de las más prolíficas del mundo. Sin embargo, se trata de una casuística no lineal, que se contradice y que se ha visto además condicionada por reformas legislativas.

En este sentido, conviene comenzar por una referencia al caso que sentó las bases para que el principio de jurisdicción universal pasara de la teoría a la práctica: el caso Pinochet. Se trata de un asunto que, por su calibre, por su técnica y por el momento en el que tuvo lugar, se constituyó como un referente en el ámbito de la lucha contra la impunidad en el seno de la comunidad internacional¹²⁰⁸. Si bien es cierto que no se trata de un caso de aplicación estricta del *aut dedere aut judicare* porque Pinochet se encontraba en el Reino Unido cuando el juez Garzón solicita desde España su extradición, del razonamiento jurídico de la Audiencia Nacional se puede intuir ya aquí un reconocimiento a la obligación de extraditar o juzgar como incluida en el principio de derecho consuetudinario de protección universal en materia de jurisdicción¹²⁰⁹.

interrumpidos con la entrada en vigor de la nueva normativa en 2003 que limitaba el ejercicio de la jurisdicción universal en Bélgica.

¹²⁰⁷ LANGER, M., *The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches...*, op cit., pp. 53-67.

¹²⁰⁸ El asunto Pinochet ha sido ampliamente tratado por la doctrina y un estudio profundo del mismo excede del ámbito de este trabajo. Véase, entre otros, GARCIA ARAN, M., LOPEZ GARRIDO, D., *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

¹²⁰⁹ Véase la obra de esta autora, “La obligación de extraditar o juzgar en España...op cit., p. 77: “(...)conviene, a efectos de identificar apoyos jurisprudenciales a la tan reconocida y con frecuencia teórica aplicabilidad directa del Derecho Internacional consuetudinario en el ámbito de los delitos de *ius cogens*, resaltar algunos de los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico duodécimo del Auto de solicitud de extradición de Pinochet de la AN de 3 de noviembre de 1998: “..absolutamente todos los tratadistas reconocen la vigencia directa del principio internacional de protección universal en materia de jurisdicción sobre los delitos de genocidio”. Las líneas reproducidas, al ser esgrimidas por la AN como argumento para justificar la jurisdicción de los tribunales españoles representan un importante precedente

Otro caso importante del que han conocido los tribunales españoles en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto de la “guerra sucia” argentina es el de Adolfo Scilingo.

La obligación de extraditar o juzgar queda reconocida aquí en términos teleológicos, mediante el análisis de la justificación del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales españoles para enjuiciar crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina en el marco de la “guerra sucia” en los años 70-80. Aunque se habla en términos de “principio de necesaria persecución”, la presencia de los acusados en el territorio español sugiere que a lo que realmente se está haciendo referencia es a la tanta veces mencionada cláusula procesal:

“(…) sin embargo, lo esencial, reiteramos, es que esa persecución internacional, aunque sea complementaria o subsidiaria de la interna inefectiva o inexistente, se prodeuzca, de tal manera que cuando no se ha podido producir, bien sea por inexistencia, o por otra causa de actuación de un tribunal internacional, el principio de necesaria persecución y de posibilidad de persecución internacional de estos delitos sigue indemne, por lo que resulta procedente que en estos casos actúe una jurisdicción nacional en sustitución de la internacional y haciendo funciones de ésta¹²¹⁰”.

Se trata de un caso importante porque sienta nuevos precedentes: en el mismo, la AN cambia la calificación del delito que había hecho el juez instructor (genocidio, terrorismo y torturas) y condena aplicando el artículo 607 bis, que había entrado recientemente en vigor y que regulaba el crimen de lesa humanidad¹²¹¹. La AN sostiene que este cambio no implica violación del principio de legalidad porque los crímenes contra la humanidad ya existían en la costumbre internacional en el momento de la

de reconocimiento por un lado, de la aplicabilidad directa del Derecho Internacional consuetudinario, sin necesidad de contar con una legislación interna que positivice este contenido y por otro lado, del carácter de *ius cogens* del delito de genocidio. El “principio internacional de protección universal en materia de jurisdicción” es una expresión que puede interpretarse como aglutinadora del *aut dedere aut judicare* como mecanismo que posibilita el cumplimiento de este enunciado. Su aplicación directa por un tribunal como la AN para justificar su competencia, junto al paralelo reconocimiento convencional de la vigencia de este principio (que determina su supremacía sobre un principio de jurisdicción universal de más difícil prueba y aceptación por parte de una comunidad internacional que todavía venera la ficción de la soberanía nacional) y la argumentación doctrinal expuesta, podrían ser indicadores más que determinantes de la naturaleza de Derecho Internacional consuetudinario, y por tanto aplicable, de la obligación de extraditar o juzgar”.

¹²¹⁰ AN, Sala de lo Penal, Sección tercera, Sentencia núm.16/2005 de 19 de abril de 2005, p. 71

¹²¹¹ *Id.*

comisión de los hechos pero esta sentencia fue recurrida en casación y el TS apreció una violación del principio de legalidad en la aplicación de una figura no prevista en el Código hasta 2003 y, por tanto, inexistente en el momento de la comisión de los hechos¹²¹².

Sin embargo, el Tribunal Supremo sí reconoció tener competencia para conocer de los crímenes de lesa humanidad. Para justificarlo, defendió la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal a los delitos de lesa humanidad por analogía porque son esencialmente idénticos en naturaleza y gravedad a los crímenes de guerra y al genocidio, respecto de los cuales se reconoce este principio¹²¹³. La manifiesta contradicción entre la decisión de no aplicar el tipo de crimen de lesa humanidad ni sus penas por respeto al principio de legalidad, mientras que por otro lado, se usaba esta figura de Derecho Penal Internacional para justificar la competencia del TS ha sido expuesto de manera inmejorable por Cristina Fernández-Pacheco en su artículo de análisis jurisprudencial sobre el caso de la represión en Argentina, el que sostiene que la “interpretación mantenida finalmente por el Tribunal Supremo es, en términos de competencia la más difícil de sostener¹²¹⁴”:

“Ni en el momento de la comisión de los hechos, ni tampoco en la actualidad, conforme al artículo 23.4 de la LOPG puede establecerse la existencia de competencia para este tipo de delitos comunes. Así lo constata el Tribunal Supremo que, sin embargo, entiende que “el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Penal Internacional consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del CP vigente”. Por lo tanto, se llegó a la aparente contradicción de que no se aplicaran como tales los delitos de lesa humanidad

¹²¹² STS 798/2007 de 1 de octubre, FJ6. El TS no admite la validez de la costumbre internacional como fuente del ordenamiento interno dado que, a su juicio, el Derecho Penal Internacional no es directamente aplicable sin una previa transposición con el Derecho interno.

¹²¹³ STS 798/2007 de 1 de octubre, FJ7. La prohibición de analogía que pesa sobre el derecho penal se sortea en tanto que se afirma que la misma no afectaría a normas procesales u orgánicas.

¹²¹⁴ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso de la represión en Argentina”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 61, nov. 2008, p. 117.

ni sus penas por entender que vulneraba el principio de legalidad, pero que fuera precisamente ese tipo penal del Derecho Penal Internacional la que justificara no sólo la competencia, sino también la imprescriptibilidad de delitos comunes como las detenciones ilegales y el asesinato¹²¹⁵”.

Por otro lado, tanto la AN como posteriormente el TS, reconocen la competencia de los tribunales españoles para conocer de este delito y, aunque basan sus argumentaciones en el principio de jurisdicción universal, lo cierto es que la presencia del acusado en el territorio y el efecto catalizador de la misma en el ámbito de la apertura del proceso, sugiere que si bien podría reconocerse en este momento la vigencia de un principio de jurisdicción en sentido puro, en la práctica, la cláusula que desde luego está comprendida en este principio es la de la obligación de extraditar o juzgar cuando el presunto responsable (de un crimen de lesa humanidad, en este caso) se halla en el territorio del propio Estado.

El caso de Ríos Montt, ex Presidente de Guatemala, también ha generado interesantes pronunciamientos en el ámbito de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar. El origen del caso puede retrotraerse a 1999 cuando Rigoberta Menchú denuncia ante la Audiencia Nacional española a varios ex militares y oficiales por genocidio, torturas, terrorismo, asesinatos y otros crímenes cometidos contra los Indios Mayas entre 1978 y 1986.

En este caso, el Alto Tribunal revoca una sentencia del TS que niega la competencia de los Tribunales españoles para conocer de un delito de genocidio acaecido en Guatemala, que aparentemente carece de vínculo alguno con España. La argumentación utilizada por el TC representa uno de los precedentes más importantes en el ámbito de la jurisdicción española en tanto que fundamenta la competencia del órgano español a través del reconocimiento de la vigencia del Derecho Internacional consuetudinario, al que otorga un carácter prioritario en el ámbito de las violaciones enjuiciadas:

“En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de

¹²¹⁵*Id.*

la impunidad de tal crimen de Derecho Internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él¹²¹⁶”.

A pesar de que en este caso concreto se discute la procedencia de aplicar el principio de jurisdicción universal a un supuesto de genocidio, el valor del razonamiento jurídico que subyace a la motivación del Tribunal para justificar la competencia de los tribunales españoles deberá tenerse presente también cuando se intente defender la cristalización y vigencia del *aut dedere aut judicare* en relación con los delitos que, como el genocidio, han sido catalogados por el Derecho Internacional consuetudinario como violaciones de *ius cogens*. Estando este último principio englobado dentro del principio de jurisdicción universal, la relevancia de la afirmación de la vigencia del mismo que se lleva a cabo en esta sentencia es más que evidente.

“La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo [RTC 2000, 87] , F. 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como «la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo

¹²¹⁶ STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala II del Tribunal Constitucional, FJ 5.

alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional¹²¹⁷”.

Tras recibir la solicitud de extradición, la Corte Constitucional de Guatemala decidió denegarla sobre la base de que España no podía ejercer la jurisdicción universal en este caso. La Corte de Constitucionalidad señaló, entre los fundamentos de su decisión, que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no contemplaba el ejercicio de la jurisdicción universal por un tercer Estado, sin que mediara consentimiento previo del Estado del territorio, en este caso, Guatemala. Sin embargo, en la sentencia se reconoce la obligación de extraditar o juzgar. La Corte reitera en tres oportunidades que Guatemala tiene esta obligación. La afirmación de la Corte no parece basada en ninguna disposición convencional y no se cita en ningún tratado como fundamento. La Corte se refiere a la obligación simplemente como una regla u obligación¹²¹⁸. Los hechos confirmaron estas declaraciones ya que el desenlace de este caso terminó con una sentencia del 10 de mayo de 2013 que condenaba al Ex Presidente, Efraín Ríos Montt a 80 años de prisión por genocidio y crímenes de lesa humanidad dictada por el Tribunal de Sentencia Primero A de Mayor Riesgo de Guatemala. Esta sentencia ha sido anulada sorprendentemente por el Tribunal Constitucional por lo que en estos momentos la comunidad internacional está pendiente de la repetición de este juicio¹²¹⁹.

¹²¹⁷ STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala II del Tribunal Constitucional, FJ 9.

¹²¹⁸ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expediente n° 3380-2007, Apelación de sentencia de amparo, 12 de diciembre de 2007: “Si bien la jurisdicción del Estado guatemalteco no puede reconocer como viable la solicitud de extradición de ciudadanos de este país, no sólo por no autorizarlo el Tratado correspondiente sino por no permitirlo el Artículo 27, párrafo tercero de la Constitución Política de la República de Guatemala, en aquellos casos en que existe indudable vinculación con delitos políticos, quedaría a salvo la facultad de la parte interesada de promover la denuncia ante el Ministerio Público para que inicie la persecución por los delitos que pudieran resultar y, en tal caso basado en la regla *aut dedere aut judicare*, es indudable que sería obligación del Estado requerido cumplir con su función esencial de impartir justicia” (pp.26). Y: “En cuanto a la jurisdicción interna española con alcances extraterritoriales, por motivo de tutela de la personalidad o nacionalidad, no es viable admitirla en cuanto el Tratado de Extradición no la obliga forzosamente, sin necesidad de abundar acerca de la conexidad con la prohibición del párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución Política de la República de Guatemala. No obstante, como se ha manifestado, nada impediría la aplicación de la regla *aut dedere aut judicare*, que la parte interesada o el Ministerio Público de Guatemala pudiesen invocar” (p. 29).

¹²¹⁹ DE PABLO, O. y ZURITA, J., “Las heridas de Guatemala”, El País, 15 de abril de 2013 y FIDH, Anulación de la condena al general Ríos Montt: la FIDH solicita a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala reformar su decisión, 9 de agosto de 2013.

Por último, en 2008, la AN se vuelve a pronunciar sobre la obligación de extraditar o juzgar con motivo de la solicitud de extradición de la ex Presidenta de Argentina, María Estela Martínez de Perón (“Isabelita Perón”) solicitada por Argentina. La ex mandataria estaba acusada de la comisión de crímenes de lesa humanidad. En este caso, conocido como el asunto Martínez de Perón, la AN, tras denegar la solicitud de extradición por la presunta comisión de desapariciones forzadas y torturas entre 1974 y 1976, reconoció que

“si se opta por la denegación de la extradición¹²²⁰ por esta causa, el Estado requerido asume la obligación de juzgar en su territorio al reclamado, a petición de la Parte requirente (*aut dedere aut punire*)¹²²¹”.

El caso Tíbet, en el que no se profundizará aquí para evitar repetir en el análisis contenido en el apartado 6.1.1.3 del capítulo 6, contiene un elemento particularmente interesante de cara la construcción de la cláusula. Así, en la sentencia del TS, el Alto Tribunal reconoce que “Ciertamente, la inactividad del Juzgado de Instrucción y de la Sala *a quo* ha vulnerado el art. 273 LECr., dado que la presencia en el territorio nacional hubiera justificado sin más, y por aplicación de nuestra jurisprudencia (ver STS 327/2003), la jurisdicción de nuestros tribunales, toda vez que la presencia en el territorio de los querellados hubiera tenido un punto de conexión idóneo que hubiera permitido la intervención en el caso. Sin embargo, actualmente esas personas ya se encontrarían fuera de España, lo que determina la pérdida del objeto del presente motivo, dado que carece de practicabilidad que esta Sala ordene dar cumplimiento a una medida que no puede ser ejecutada por razones materiales.”

Francia

En el caso Javor, el Tribunal de Casación francés rechaza la apertura de un procedimiento contra los presuntos responsables de crímenes de torturas, genocidio y crímenes de lesa humanidad sobre la base de que los acusados no se encontraban en

¹²²⁰ Corregido del original (“extracción”).

¹²²¹ Audiencia Nacional, JCI, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Auto núm. 8/2008, Rollo de la Sala 12/2007, 28 de abril de 2008, FJ 4.

Francia. Aunque regulado en términos dispositivos (“los tribunales franceses podrán enjuiciar si encuentran a los acusados en su territorio”), se podría inferir de la formulación de este reconocimiento y de la referencia al Estatuto de la Antigua Yugoslavia una alusión al *aut dedere aut judicare* en relación a los crímenes de lesa humanidad:

“(…) que les juridictions françaises ne peuvent poursuivre et juger, que s'ils sont trouvés en France, les auteurs ou complices de crimes ou délits définis par la loi française qui constituent, au sens des articles 2 à 5 du statut du tribunal international, des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, des violations des lois ou coutumes de la guerre, un génocide ou des crimes contre l'humanité¹²²²”.

En 2006, un tribunal francés abrió un proceso por el derribo del avión en el que falleció el Presidente Juvenal Habyarimana en 1994 y que desencadenó el genocidio ruandés, contra 9 militares ruandeses, incluido el actual Presidente de Ruanda, Paul Kagamé. Este procedimiento ha suscitado críticas por parte de Ruanda¹²²³, provocando una fuerte tensión entre ambos Estados. Las relaciones parecen haberse retomado con normalidad sin que, por otro lado, haya constancia de que el proceso haya sido cerrado en los tribunales¹²²⁴.

En el caso *Disparus de Beach*, la Corte de Casación confirma la vigencia de la obligación de extraditar o juzgar en relación a la tortura, exigiendo, para su activación, la presencia del acusado en el territorio, si bien es cierto que lo hace en aplicación de la cláusula incorporada al Código Procesal Penal en virtud de la Convención contra la

¹²²² Cour de Cassation, Chambre Criminelle de 26 de marzo de 1996, 95-81.527, “Caso Javor”.

¹²²³ Observaciones de Ruanda sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010) “In 2006, a French judge issued arrest warrants for nine Rwandan officials, including President Paul Kagame, linking them to the killing of Rwanda's former president, whose plane crashed down in 1994. This was an odd indictment by any legal standard let alone international standards. The judge did not consider alternative theories, did not visit Rwanda, did not conduct any investigation of his own, concocted evidence later denied by his own witnesses, used evidence of genocide fugitives, etc; very clear abuses of the Principle of Universal Jurisdiction. Yet it served the political goal of painting Rwanda Government in very negative terms. In the meantime, France was harboring a large number of very famous genocidaires. Instead of using Universal Jurisdiction to try these genocide fugitives, all of whom were subject of international Arrest Warrants, the judge chooses to indict the leadership of Rwanda.

¹²²⁴ SUNDARAM, A., “On visit to Rwanda, Sarkozy Admits “Grave Errors” in 1994 Genocide”, The New York Times, 25 de febrero de 2010. Disponible aquí. Consultado el 21/09/2013.

Tortura¹²²⁵.

Suecia

El caso de Sylvere Ahorugeze, ex director de la Autoridad de Aviación Civil de Ruanda y acusado de la comisión de crímenes de lesa humanidad y genocidio también refleja, indirectamente, el compromiso de Suecia con la erradicación de la impunidad en el ámbito de los más graves crímenes internacionales. Así, tras un largo proceso minado por las reiteradas alegaciones de potencial violación de los derechos humanos del acusado en caso de ser extraditado a Ruanda y previa sentencia del TEDH de 4 de junio de 2012 afirmando que la legislación ruandesa cumplía con los estándares exigidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, Suecia procede a la extradición¹²²⁶.

Suiza

Los tribunales suizos también han reconocido la vigencia del *aut dedere aut judicare* cuando hallan en su territorio a presuntos responsables de crímenes de lesa humanidad. Así, en el caso del Ex Ministro de Medio Ambiente ruandés, *Gaspard Ruhumuliza*, acusado en su país de haber cometido delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, Ruanda, tras ver denegada su solicitud de extradición de 5 de agosto de 2008 por los posibles riesgos de violación de derechos humanos en este país, recibía el 29 de junio de 2009 una nota diplomática del Gobierno suizo en la que le reconocía a Ruanda el derecho a solicitar el enjuiciamiento de Ruhumuliza en Suiza, previo envío de una detallada descripción de los crímenes que se le imputan y pruebas de cargo lo suficientemente sólidas para sostener la acusación¹²²⁷. Esta solicitud no fue satisfecha

¹²²⁵ Caso Disparus de Beach, Cour de Cassation, Chambre Criminelle, Arrêt n° 7513 de 10 de enero de 2007, consultado el 21/09/2013.

¹²²⁶ Consúltese aquí la decisión de la Corte Suprema de Suecia.

¹²²⁷ Office fédéral de la justice, Communiqués, OFJ, 30.06.2009, «La Suisse refuse d'extrader un Rwandais : Le Rwanda peut présenter à la Suisse une demande de délégation de la poursuite pénale»; The Sunday Times (Kigali, 5 Jul. 2009); and Edwin Musoni, 'Rwanda : Genocide Suspect on Swiss Government Welfare Scheme' The New Times (Rwanda, 13 Jun. 2012).

ya que el 2 de octubre de 2012 el juez encargado del proceso decidió cerrarlo por falta de pruebas¹²²⁸.

¹²²⁸ Track Impunity Always. Disponible aquí. Consultado el 2/11/2013.

CONCLUSIONES

- I. La insuficiente coordinación y armonización en el ámbito procesal penal internacional genera importantes lagunas jurídicas que dan lugar por un lado, en violaciones graves de derechos humanos y por otro, en la institucionalización de la impunidad. Son varios los motivos que hacen que abordar esta laguna en relación al crimen de lesa humanidad sea una cuestión urgente. Entre ellos, pueden destacarse la extrema atrocidad de los actos que lo componen y su flexibilidad y dinamismo, que permiten dar respuestas a la “transformación del mal”.
- II. La obligación de extraditar o juzgar se presenta como una herramienta con un gran potencial para dar respuestas a estos desafíos. El principio de complementariedad que rige la jurisdicción de la Corte Penal Internacional reconoce las limitaciones de este órgano para conocer de todos los casos de graves crímenes internacionales que se cometen el mundo. En efecto, la necesidad de que el emergente papel de los tribunales penales domésticos en la represión de estas atrocidades se consolide, se hace cada vez más evidente. En este marco, frente a un principio de jurisdicción universal atrofiado, en regresión y limitado en la práctica por la *Realpolitik*, las características de la obligación de extraditar o juzgar, la convierten en un instrumento mucho mejor equipado para colmar las referidas lagunas jurídicas. Destacan así, su naturaleza obligatoria y el carácter objetivo de su principio activador: la presencia del acusado en el territorio de un Estado.
- III. Si bien es cierto que no existe consenso universal sobre el contenido exacto de la cláusula *aut dedere aut judicare*, esto no representa un obstáculo para su aplicación práctica. En efecto, desde su primera incorporación a un instrumento convencional en 1929, a través del Convenio de Ginebra para la Represión de la Falsificación de la Moneda, se han detectado variaciones en las fórmulas utilizadas en el derecho convencional. No obstante, puede afirmarse que, en términos generales, es la fórmula contenida en el Convenio de la Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, la que a partir de este momento se ha utilizado como modelo en los tratados internacionales y regionales dirigidos a la represión de las más graves violaciones de derechos humanos. Tras la Segunda Guerra Mundial, el sistema de relaciones

internacionales y por ende, también la figura de la extradición, experimenta una transformación promovida por el reconocimiento de los derechos humanos. Así, el individuo deja de ser el objeto en el proceso de extradición para pasar a ser sujeto, con derechos ejercitables. La fórmula contenida en este Convenio refleja esta evolución, que se ve reforzada por el entramado convencional internacional de protección de los derechos humanos vigente, que subyace a la aplicación de cualquier tratado internacional. Reflejo de ello es la consolidación de la excepción a la extradición cuando existe riesgo de violación de los derechos humanos. En cuanto al carácter abierto de la obligación de extraditar o juzgar y la inexistencia de una jerarquía fija entre las dos opciones que la componen, es posible afirmar que se trata de una característica que permite su adaptación a las heterogéneas circunstancias a las que es aplicable. Sin perjuicio de la existencia de razones en virtud de las cuales la extradición puede perfilarse como la alternativa más lógica en determinados casos, las numerosas variables que en cada caso hacen que resulte más adecuado optar por una u otra alternativa y la inexistencia de un consenso internacional acerca de la jerarquía entre ambas opciones, nos lleva a la conclusión de que, al menos en lo que respecta a los más graves crímenes internacionales, la decisión sobre si extraditar o juzgar debe tomarse, como tantas veces en derecho, en función del caso concreto.

IV. Se ha confirmado la naturaleza convencional de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad atendiendo a un criterio de clasificación propuesto en este trabajo. Así, se han distinguido, por un lado, los instrumentos internacionales y regionales que, teniendo por objeto la regulación de algún subtipo de crimen de lesa humanidad, incorporen la cláusula en sentido estricto; y por otro, los instrumentos internacionales y regionales reguladores de subcategorías de crímenes contra la humanidad que no incorporen la referida cláusula. Así, sin dejar de reconocer que los instrumentos subsumibles en el primer grupo cubren solo algunos de los subtipos a través de los cuales se perpetran los crímenes de lesa humanidad, de su alto índice de participación podemos inferir que, al menos en lo que respecta a los crímenes de guerra, la trata de personas, la tortura y las desapariciones forzadas, la cláusula objeto de estudio se ha consolidado como una obligación convencional.

V. Una vez probada la naturaleza convencional de la obligación en el ámbito referido, se aborda la cuestión de la naturaleza consuetudinaria de la referida cláusula. Para su examen, se siguen las recomendaciones metodológicas del Relator Especial y del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar de la Comisión de Derecho Internacional, y se intenta averiguar si es posible establecer su naturaleza consuetudinaria mediante el análisis de las siguientes fuentes de la costumbre internacional: la ratificación de tratados, las resoluciones de los organismos internacionales, las sentencias de los tribunales internacionales, las manifestaciones de los Estados y la legislación y jurisprudencia doméstica.

VI. Al alto índice de ratificación de instrumentos convencionales al que ya se ha hecho alusión, se añade un constante reconocimiento de la obligación en las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como en los documentos que, como el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, se han adoptado en el seno de esta organización con el fin de castigar y prevenir los más graves crímenes internacionales. A ello debe sumarse la reciente tendencia a condenar la impunidad y exigir respuestas penales ante las atrocidades que, en los últimos años, se ha consolidado con fuerza en las declaraciones de las Naciones Unidas y a la que se ha hecho referencia en el capítulo IV.

VII. Los pronunciamientos del Tribunal Internacional de Justicia han constituido una fuente fundamental a la hora de abordar la pregunta de investigación. Así, de los razonamientos jurídicos esgrimidos en algunas de sus sentencias y opiniones consultivas se han extraído conclusiones fundamentales a la hora de abordar la posible construcción de la naturaleza consuetudinaria de la obligación. Entre aquellos pronunciamientos que han ofrecido directrices para la identificación de la costumbre internacional, cabe destacar el caso Lotus, los casos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte, la cuestión de la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares y el reciente caso de la inmunidad jurisdiccional de los Estados que ha enfrentado a Italia con Alemania. Por otro lado, se analizan también aquellos pronunciamientos que, como en el caso del asunto Lockerbie o el caso Hissène Habré, abordan de manera

específica la naturaleza y aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar. A lo largo de la investigación, se han ido realizando algunas valoraciones que es preciso, en este último apartado de la tesis, rectificar o al menos replantear. Así, en relación a la calificación de la sentencia del TIJ en el caso Habré como “decepcionante”, es de justicia, a la luz de las conclusiones presentadas, reconocer que quizás la decisión del Tribunal de eludir pronunciarse sobre la aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar para los crímenes de lesa humanidad en tanto que obligación consuetudinaria, fue un sabio ejercicio de previsión. Presumiblemente, el TIJ estimó que la potencialidad de esta emergente herramienta se vería mermada y obstaculizada con un pronunciamiento que en estos momentos no podía ser sino denegatorio del carácter de costumbre internacional de la referida cláusula, por no existir aún pruebas suficientemente concluyentes de su naturaleza consuetudinaria. De hecho, una lectura más positiva de la sentencia exige reconocer que la introducción de un límite temporal en la configuración del *aut dedere aut judicare* representa un gran avance y un triunfo para la protección y realización efectiva de los derechos humanos.

VIII. Con el examen de la legislación penal y procesal doméstica de 181 Estados de los 193 que forman parte de las Naciones Unidas, se ha perseguido llenar un vacío existente tanto en las aproximaciones doctrinales a esta cuestión como en los análisis contenidos en los informes del Grupo de Trabajo sobre la obligación. Se ha constatado que suman 17 los Estados que, en relación al crimen de lesa humanidad, incorporan la obligación de extraditar o juzgar en sentido puro mientras que 13 lo hacen mediante remisión al derecho convencional. En 11 Estados la legislación interna se limita a reconocer la obligación de juzgar, sin aludir al segundo componente de la alternativa. El grupo más grande está compuesto por los 65 Estados que reconocen el alcance extraterritorial de su legislación interna, incluyéndose aquí aquellos Estados que han incorporado a sus leyes el principio de jurisdicción universal. En 13 casos, tal y como se detalla en el anexo I, no fue posible acceder a la legislación interna.

IX. La aplicación de la cláusula procesal objeto de estudio por parte de los tribunales domésticos es, en ausencia de un tratado internacional para la represión de

crímenes de lesa humanidad que la incorpore, una fuente de inigualable valor de cara a responder a la pregunta principal de esta tesis. Tomando como referencia los criterios numéricos propuestos por el TIJ en el asunto de las inmunidades del Estado para inferir la cristalización de una costumbre internacional, se han presentado en este trabajo más de una docena de ejemplos de ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal por parte de tribunales de los cinco continentes, sobre la base de la presencia del acusado en el territorio del Estado.

- X. En este estado de cosas, la Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad aparece en un momento clave. En efecto, a la luz del análisis llevado a cabo en esta tesis y de las conclusiones presentadas hasta el momento, es posible afirmar que, en caso de ser adoptado, estaríamos ante un Tratado multilateral de codificación que declara el derecho consuetudinario existente.
- XI. De ser así, la entrada en vigor de esta Convención representaría un avance sin precedentes en dos sentidos. Por un lado, contribuiría a la eliminación de una laguna que sigue permitiendo que, a día de hoy, los responsables de las más graves atrocidades queden impunes y por otro, potenciaría la armonización procesal internacional a través de la adopción de una definición consensuada de la obligación de extraditar o juzgar, con el consiguiente efecto sobre el respeto del estándar mínimo de derechos de seguridad jurídica cuyo núcleo común, tal y como se ha evidenciado en el capítulo I, es perfectamente identificable. Todo ello se llevaría a cabo a través de la promoción del papel de los tribunales nacionales, favoreciendo así también la efectividad del principio de complementariedad sobre el que se funda la justicia penal internacional.
- XII. A pesar del gran potencial del *aut dedere aut judicare*, es de rigor hacer referencia aquí a los principales desafíos a los que se enfrenta su aplicación práctica. En primer lugar, se ha de tener en cuenta el coste económico de llevar a cabo un proceso penal por un crimen de lesa humanidad. Es preciso afrontar con realismo las capacidades económicas de los Estados para evitar que, tras serle reconocido carácter de costumbre internacional, la obligación de extraditar o juzgar se convierta en papel mojado. En el estudiado caso de Hissène Habré, Senegal esgrimió argumentos de naturaleza económica para justificar su

incapacidad de llevar a cabo el enjuiciamiento del ex dictador. En este caso, en tanto que existía una solicitud de extradición por parte de Bélgica, no estaríamos ante un problema de laguna de impunidad creada por la situación financiera del país pero, ¿y si el presunto responsable se refugia en un país insolvente sin capacidad para llevar a cabo el juicio y ningún otro Estado solicita su extradición? Es necesario pensar en un fondo internacional que ofrezca una salida a este tipo de situaciones, estableciendo unos requisitos muy estrictos al respecto.

XIII. Por otro lado, la aplicación eficaz de la obligación exige, desde el punto de vista práctico, esfuerzos más efectivos de cooperación penal regional e internacional. En este sentido, comienzan a surgir interesantes propuestas en ambos niveles. Entre ellas, cabe destacar la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IBERRED) y la propuesta de Proyecto de Convenio para transformar las Notificaciones Rojas de INTERPOL en obligatorias, presentada en el Congreso de Hanói de 2011. Esfuerzos que alcanzarían resultados aún más notables si se combinasen con la redefinición del principio de complementariedad propuesta por Burke-White, en virtud del cual, la CPI asumiría un papel más activo en la promoción del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales, reinterpretación que bautiza como “complementariedad proactiva”.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. Manuales, obras colectivas y cursos generales

ARECHAGA, E.J., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980

BASSIOUNI, C., *International Extradition. United States Law and practice*, Oxford University Press, New York, 2007

BOURQUIN, M., *L'humanisation du droit des gens, La technique et les principes du Droit public-Études en l'honneur de Georges Scelle*, tomo I, Paris, LGDJ, 1950

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999

CARRILLO SALCEDO, J. A., “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la DUDH”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993

CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003

CEBADA ROMERO, A., “Los conceptos de obligación erga omnes, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, 2002

DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2004

FERNANDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas, 2013

GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L.I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición Revisada, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, II*, 3ªed., 1950

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999

PINESCHI, L., “La dichiarazione universale dei diritti umani”, *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè editore, 2004

QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal internacional e internacional penal, vol. II*, 1955

REMIRO BROTONS, A. et al., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007

RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6º ed., Tecnos, 2006

RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General* 18ª ed., 1995

VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002

ZAHAR A., SLUITER G., *International Criminal Law, a Critical Introduction*, Oxford University Press, New York, 2008

2. Monografías

AAGE NORGAARD, C., *The position of the individual in international law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962

ALBANESE, S., *Algunas comparaciones entre los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos, Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Rocca, Buenos Aires, 1992

A AL-CAWWA, M.S., “The Basis of Islamic Penal Legislation”, en *The islamic criminal justice system*, Oceana Publications, Roma, 1982

ALSTON P. y MÉGRET F., *The United Nations and Human Rights, a critical appraisal*, Oxford University Press, 2007

ARROYO ZAPATERO, L., “El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte” en *Contra el espanto. Por la abolición de la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000

BARRANCO AVILÉS M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000

BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, 1995

BASSIOUNI, C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., The Hague/Boston, Kluwer Law International, 1999

BASSIOUNI, C., *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice*, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, mayo 2011.

BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Ed. Trotta, Madrid, 2011

BIANCHI, A., *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, ed. Oxford, Hart Publishing, 2004

BIANCHI, A. y NAQVI, Y., *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2011

BING BING, J., “The Right of Appeal in the Proceedings Before the ICTY and ICTR”, en Gabriella Venturini y Stefania Bariatti (eds.), *Liber Fausto Pocar. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009

BUENO ARÚS, F., *Nociones básicas sobre la extradición. Prólogo del compendio “Tratados de extradición”*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1988

CARRILLO SALCEDO, JA., *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de derechos humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta; 1999

CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

CARRILLO SALCEDO, J.A., (ed.) *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 1995

CASTRO-RIAL GARRONE, F., “La Declaración universal como elemento básico del orden internacional”, *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998,

CEZÓN GONZÁLEZ C., *Derecho Extradicional*, Dykinson, Madrid, 2003

CLAPHAM, A., *Regional Human Rights Bodies, en Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Academy of European Law, Oxford University Press, 2006

CICR, Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août de 1949, Ed. SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., y ZIMMERMANN, B., Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1986

CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la euro orden de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003

DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000

DIMITRIJEVIC, *State reports, International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in honour of Jacob Moller*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000

DONELLY J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, 2002

FERNÁNDEZ DE CASEDEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Terrorismo y derechos humanos: una aproximación desde el Derecho Internacional*, Dykinson, 2005

GALLEGO, J.P., *La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2007

GARCÍA ARÁN, M; LÓPEZ GARRIDO, D., “Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

GARCÍA BARROSO, C., *Procedimiento de extradición*, Colex, Madrid, 1988.

GARCÍA SÁNCHEZ B., *La extradición en el ordenamiento jurídico español, internacional y comunitario*, Ed. Comares, Granada, 2005

GARRIDO MUÑOZ A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, Tirant lo Blanch, 2013.

GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition and other mechanisms*, *International Studies in Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998

GROCIO, H., *De Iure Belli ac Pacis*, 1625; traducción española: *Del derecho de la guerra y de la paz*, Clásicos jurídicos, Editorial Reus, traducción de Jaime Torrubiano Ripoll, 1925

JORGENSE, N.H.B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, New York, 2000

KALECK, W., “Justice and accountability in Europe: discussing strategies, in CIA-Extraordinary rendition flights, torture and accountability- a European approach”, *European Center for Constitutional and Human Rights*, Germany, 2008

KLEFFNER, J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, New York, 2008

KORMAN, S., *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*. Oxford Clarendon Press, 1996

LANGER, R., *The Stimson Doctrine and Related Principles in Legal Theory and Diplomatic Practice*, Princeton, Princeton University Press, 1947

MANZZETTI, M., *The Way of the Knife: The CIA, a Secret Army and a War at Ends of the Earth*, Penguin Press, 2013

MÁRQUEZ CARRASCO, C., MARTÍN MARTÍNEZ, M., “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro,” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011

MÁRQUEZ CARRASCO, C., *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la DUDH*, Instituto de Derechos humanos, Universidad de Deusto, 2008

MARTINEAU, A., *Timor oriental, Kosovo, Bosnie-Herzégovine et Cambodge: l'injection de garanties procedurales dans les système interne en Les juridictions pénales internationalisées, un nouveau modèle de justice hybride?*, CERDIN Paris I, Perspectives Internationales, Paris 2007

MERON, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989

MITCHEL, C., *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, eCahiers , núm. 2, 2009

MOECKLI, D., *Human Rights and Non-Discrimination in the War on Terror*, Oxford University Press, 2008

MÜLLERSON, R., *Ordering Anarchy. International Law in International Society*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2000,

NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011

OCHOA RUIZ, N. *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Thomson Aranzadi, 2004

OLLÉ SESE, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Madrid, 2008

ORAA, ORAA, J., “En torno al valor jurídico de la Declaración universal”, *La Declaración universal de derechos humanos en su cincuenta aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999

PIGRAU I SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales internacionales*, Generalitat de Catalunya, Col·lecció Recerca per Drets Humans, Barcelona, 2009.

QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

RATNER, S., y ABRAMS, J., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, 2ª ed., 2001

REMIRO BROTONS, “Terrorismo internacional, principios agitados” en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, directores: CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., Tecnos, 2009

ROVIRA, A., *Extradición y derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2005

SADAT, L., (coord), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. Por Leila Nadya Sadat, Cambridge University Press, 2011

SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

SANDS, P., *Lawless World, The whistle-blowing account on how Bush and Blair are taking the law into their own hands*, Penguin Books, 2006

SALADO OSUNA, A., *El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio, en la Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005

SASSÒLI, M., La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”, en *Derecho internacional humanitario y temas de*

áreas vinculadas ", *Lecciones y Ensayos*, núm. 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003

SATTERTHWAITE, M., *The US. Program of extraordinary rendition and secret detention: past and future en CIA -Extraordinary rendition flights, torture and accountability- a European approach*, European Center for Constitutional and Human Rights, Alemania, 2008

SCHABAS, W., *The UN International Tribunals, The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006,

SCHWELB, E., *Human Rights and the International Community. The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948–1963*, Ed. Chicago, Quadrangle Books, 1964

SOSA NAVARRO, M., *La obligación de extraditar o juzgar en España, naturaleza jurídica del aut judicare respecto a los crímenes de guerra, genocidio y crimen de lesa humanidad*, Editorial Académica Española, 2011

TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados. Un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la Comisión de Derecho Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010

YOUNG, K., *The Law and Process of the UN Human Rights Committee*, Transnational Publishers, New York, 2002

3. Artículos y capítulos de libro

ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012

ABD-AL-RAHMAN AZZAM, *The eternal message of Mohammed*, Caesar E. Farah, trans., New York, NY, 1964

ABELLÁN HONRUBIA, V., “Internacionalización de los derechos humanos y dimensión internacional de su violación” en *Estudios de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en Homenaje al Dr. Alejandro J. Rodríguez Carrión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2012

ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l'individu”, *R. des C.*, vol. 280, 1999

ACALE SÁNCHEZ, M., “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, Madrid, mayo/agosto (2008)

ACQUAVIVA, G., “Extraordinary Rendition” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. Cassese, A., Oxford University Press, New York, 2009

AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *Journal of International Criminal Justice* , núm. 1, 2003

AKHAVAN, P., “Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal”, *Human Rights Quarterly*, 1998, vol. 20(4)

AKHAVAN, P., “The universal Repression of Crimes Against Humanity before National Jurisdictions. The need for a Treaty-Based Obligation to Prosecute” en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Ed. SADAT, L.N., Cambridge University Press, 2011

ALCÁCER GUIRAO, R., “El principio de justicia universal en la jurisprudencia española reciente” en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Ed. Tecnos, Madrid 2009.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. La “guerra contra el terrorismo”: ¿una “opa hostil” al derecho de la comunidad internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 53, núm.1, 2001

ALA MAWDUDI, A., *Human Rights in Islam*, Leicester, Reino Unido, The Islamic Foundation, 1976

ALEGRE, S., y LEAF, M., “Mutual recognition in European Judicial Cooperation: a step too far too soon? Case Study- The European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, vol. 10, nº2, marzo de 2004

ALMQVIST, J., “Contratistas militares privados” en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010

ALSTON, P., “Against a World Court for Human Rights”, *Ethics and International Affairs* (2014), Working Paper núm 13-71, octubre 2013

AMALFITANO, C., “Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?”, *Diritto penale contemporaneo*, 4 de julio de 2013

AMBOS, K., ¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 7, 2004

AMBOS, K., “Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2006

AMOURY COMBS, N., “Procuring guilty pleas for international crimes: the limited influence of sentence discounts”, *Vand. L. Rev.*, vol. 59, núm 1, 2006

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., Ordenamiento jurídico y derechos humanos en TAMAYO ACOSTA, Juan José (dir.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Navarra: Editorial Verbo Divino, 2005

ANDERSON, K., "How Effective is the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?" *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2

ANZILOTTI, D., “L’esenzione degli Stati stranieri della giurisdizione”, *Riv. di Dir. Int.*, 1910

ARAGONESES MARTÍNEZ, S. “El sumario (IV). El procesamiento” en *Derecho Penal Procesal*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2004

ARBOUR, L., “Will the ICC have an impact on universal jurisdiction?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, núm. 3, 2003

ARROYO ZAPATERO, L.A., “Cesare Beccaria y la moderna política criminal en España”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 10

BADÍA MARTÍ, A.M. “Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, VVAA. *Soberanía del Estado y derecho internacional : homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 1., Universidad de Sevilla, 2005

BARBERO, N., “La tortura como crimen contra la humanidad”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 6, 2011

BASSIOUNI, M.C., “*Ius Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996

BASSIOUNI, M.C., “The institutionalization of torture under the Bush Administration”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, 2006

BASSIOUNI, M.C., “The proscribing function of international law in the process of international protection of human rights”, *Yale J. World Pub. Order*, vol. 9, 1983

BASSIOUNI, C., “Unlawful Seizures and Irregular Rendition Devices as Alternatives to Extradition”, *Vanderbilt Journal of International Law*, 25, 1993

BEKOU, O., “Rule 11 bis: an examination of the process of referral to national courts in the ICTY jurisprudence”, *Fordham International Law Journal*, núm 723, 2009-2010

BELTRÁN DE FELIPE, A., y NIETO MARTÍN, A., “Post 9/11 Trends in International Judicial Cooperation”, *Human Rights as a Constraint on Extradition in Death Penalty cases*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm 3

BENAVIDES, Luis. “The Universal Jurisdiction Principle”. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, 2001

BEN-NAFTALI, O., y MICHAELI, K., “We must not make a scarecrow of the law: a legal analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings”, *Cornell International Law Journal*, núm. 36, 2003

BEWICKE, A., “Asian developments in access to counsel: a comparative study”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 10, núm. 27, otoño, 2011

BIANCHI, A., “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, *EJIL*, vol. 10 (1999)

BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (I y II)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2004

BOHLANDER, M. y HEDAYATI-KAKHKI, M.M., Criminal Justice under Shari’ah in the 21st Century-An Inter-Cultural View, *Arab Law Quaterly*, vol. 23 2009

BOLLO, V.M.D., “Hamdan v. Rumsfeld, Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, *REEI*, núm. 12, 2006

BOLSTAD, D.C., “Combatting Torture: Revitalizing the Toscanino exception to the Ker-Frisbie doctrine”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 13, 1991

BORELLI, S., Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the war on terror, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 857

BORELLI, S., “The treatment of terrorist suspects captured abroad: Human Rights and Humanitarian Law” en *Enforcing International Law norms against terrorism*, Ed. Bianchi A., Hart publishing, EEUU, 2004

BRETT, R., “Human Rights and the OSCE”, *Human Rights Quarterly*, vol. 18, núm. 3, 1996,

BROWN, D.J., “The International Criminal Court and the Trial in Absentia”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 24, 1999

BUATTLE, T., "The time of human justice and the time of human beings: Belgium v. Senegal and Temporal Restraints on the Duty to Prosecute", *George Washington International Law Review*, vol. 45, 2013

BURCHARD, C., "Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunales, A Critical Assessment", *J.Int'l Crim. Just.*, vol. 6, 2008

BURKE-WHITE, W.W., "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice", *HARV. INT'L L.J.*, vol. 49, 2008

BURKE-WHITE, W.W., Reframing impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation, *Harvard International Law Journal* 42

CABRALES SALAZAR, O., Ley de justicia y paz y el marco legal para la paz ¿un paso más hacia la impunidad?, *Justicia Iuris*, vol. 8, núm. 1, 2012

CAMMACK, M., "Islamic Law and Crime in Contemporary Courts", *Berkeley Journal of Middle East and Islamic Law*, vol. 4, núm. 1, 2011

CANÇADO TRINDADE, A., "Análisis sobre las implicancias legales para los estados que pretenden ratificar el convenio europeo de derechos humanos y sus protocolos y la convención de derechos humanos de la comunidad de estados independientes (CEI)", *Relaciones Internacionales*, Revista año 7, núm. 13, junio-noviembre 1997, Edit. IRI (UNLP), La Plata, Argentina

CAPELLA I ROIG, M., "Jurisdicciones Gacaca: una solución local al genocidio ruandés", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. 2, 2004

CAROZZA, P., "Subsidiarity as a structural Principle of International Human Rights Law", *The American Journal of International Law*, volume 97, 2003

CARRILLO SANTARELLI, C. y ESPÓSITO, C., "Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII-2, 2011

CASADO RAIGÓN, R., VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., "La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de derecho internacional sobre la responsabilidad

del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” en *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, coord. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A., vol. 1, 2005

CASOLA, L., “Los crímenes de lesa humanidad y el delito de trata de personas: análisis del principio de legalidad a la luz del Estatuto de Roma y de la Constitución argentina, *RECORDIP*, vol.1, núm. 1, 2011

CASSEL, D., “The ICC’s New Legal Landscape: The Need to Expand US Domestic Jurisdiction to Prosecute Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity (1999-2000)”, *Fordham International Law Journal*, vol 23

CASSESE, A., “A Plea for a Global Community Grounded in a Community Grounded in a Core of Human Rights” en *Realizing Utopia, The future of International Law*, Ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, 2012

CASSESE, A., “*Ex iniuria ius oritur*: Are we moving towards international legitimization of forcible humanitarian countermeasures in the world community?”, *EJIL*, vol. 10, 1999

CASSESE, A., “The International Court of Justice: It is High Time to Restyle the Respected Old Lady” en CASSESE, A., *Realizing Utopia*, Oxford University Press, 2012

CASSESE, A., “Remarks on Scelle’s Theory of “Role Splitting” (dédoublement fonctionnel) in International Law”, *EJIL* , vol 1, 1990

CASSESE, A., “Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law”, *European Journal of International Law* Vol. 12, núm. 5, 2001

CASSESE, A., “Towards a Moderate Monism: Could International Rules Eventually Acquire the Force to Invalidate Inconsistent National Laws?”, en *Realizing Utopia. The Future of International Law*, ed. CASSESE, A., Oxford University Press, 2012

CASSESE, A., y CONDORELLI, L., “Is Leviathan still holding sway over international dealings?” en *Realizing Utopia, The future of International Law*, Ed. CASSESE, A., Oxford University Press, 2012

CASSIN, R., “La Déclaration universelle et la mise en ouvre des Droits de l’Homme”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1951-II, vol. 79

CASTILLEJO MANZARES, R., “El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 587, 2003

CASTRESANA, C., “Lucha contra la impunidad”, transcripción de la conferencia pronunciada en las Jornadas contra la Tortura, Universitat de Valencia, 28 noviembre de 2002

CATALDI, G., “On the Enforcement of Customary Rules on Human Rights by National Judges”, *I.Y.I.L.*, vol. XI, 2001

CERONE, J., “Status of Detainees in International Armed Conflict and their Protection in the course of criminal proceedings”, *ASIL insights*, 2002

CERVELL HORTAL, M.J., “La Resolución 1701 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 27, 2011

CERVEL HORTAL, M.J., “Las armas nucleares y el derecho internacional (a propósito de la opinión consultiva del TIJ de 8 de julio de 1996)”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 15, 1997

CHAVEZ TAFUR, G., “Using International Law to By-Pass Domestic Legal Hurdles. On the Applicability of the Statute of Limitations in the Menéndez et al. Case” *JICJ*, vol. 6, 2008

CHENIVESSE P, PIRANIO C.J., “What price justice? On the evolving notion of ‘Right to a fair trial’ from Nuremberg to the Hague”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 24, núm. 3, 2011

CHETAIL, V., “Tous les chemins ne mènent pas à Rome: Le Contentieux International Pénal à l’épreuve du Principe de Complementarité” en *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Yan Kerbrat, ed. Bruylant, Bruselas, 2011

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Justicia transicional: “Memoria Histórica”, y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 4, enero/abril 2009

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., El concepto de impunidad a la luz del Derecho Internacional: una aproximación sistémica desde el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 24, 2012

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario de España. Un examen desde el derecho internacional”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 45, 2007

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Imposibilidad de castigar vs. obligación de investigar, algunas reflexiones y propuestas (I)”, *Diario La Ley*, núm. 7845, 2012

CHUECA SANCHO, A. “Por una Europa de los DH (la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, en FERNÁNDEZ SOLÁ, N., *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004

CIVELLO CONIGLIARO, S., y LO FORTE, S., “Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 de junio de 2013

CLARK, P., “Hibridity, Holism and “traditional” justice: Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda”, *The George Washington International Law Review*, vol. 39

CONDORELLI, L., en “Scholie sur l’idiome scellien des manuels francophones de droit international public”, *EJIL*, vol. 1, 1990

CONDORELLI, L., y CIAMPI, A., “Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC”, *J. Int’l Crim. Just.*, vol. 3, 2005

COREY, A. y JOIREMAN, S., “Retributive Justice: The Gacaca Courts in Rwanda”, *African Affairs* vol. 103, 2000

CORTEN, O., “La participation du Conseil de sécurité à l’élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières”, *Revue Belge de Droit International*, 2004

COSTAS TRASCASAS, M., “La nueva ley estadounidense de comisiones militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del Derecho internacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007

COSTELLO, D., “International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*”, *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10, 1975

CRAWFORD, J., *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002

CUERDA RIEZU, A., “La extradición y la orden europea de detención y entrega”, *Revista CENIPEC*, núm. 25, 2006

DAMASKA, M., “Problematic Features of International Criminal Procedure in International Criminal Proceedings” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009

DEEN-RACSMÁNY, Z., “Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Court*, vol. 20, 2007

DELGADO MARTÍN, J., “La Orden Europea de Detención y Entrega”, *Diario La Ley*, nº 6205, Sección Doctrina, 8 de marzo de 2005

DELMAS MARTY, M., *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool in The Oxford Companion to International Criminal Justice*, CASSESE, A., Ed., Oxford University Press, New York, 2009

DELMAS-MARTY, M., “The contribution of Comparative Law to Pluralist Conception of International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003

DE ZAYAS, A., “Human Rights and indefinite detention”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 857, marzo de 2005

DE CASTRO KORGI, A., Impunidad, venganza y ley (más allá de la ley del padre), *Desde el jardín de Freud: revista de psicoanálisis*, núm. 5, 2005

DEEN-RACSMÁNY, Z., “A New Passport to Impunity? Non-Extradition of Naturalized Citizens versus Criminal Justice,” *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004

DEL POZO PÉREZ, M., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea (!)”, *Diario La Ley*, núm. 6164, Sección Jóvenes Investigadores, 10 de enero de 2005.

DEMETRIO CRESPO, D., “L’affaire Darkanzanli. Au sujet de la déclaration de nullité pour la Bundesverfassungsgericht de la norme de transposition du mandat d’arrêt européen”, en ARROYO ZAPATERO; L., NIETO MARTÍN, A., *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010

DE SANCTIS, F., “The practice of national and international courts on transnational seizure: is a fair balance between human rights and accountability posible?”, *Neth. Q., Hum Rts.*, vol. 22, núm 4, 2004

DÍAZ BARRADO, C., “La necesidad de la codificación en el Derecho Internacional Público”, *REDI*, vol. 47, núm.1, 1995

DÍAZ BARRADO, C.M., “La jurisdicción universal: el individuo, los derechos humanos y la institucionalización del orden internacional”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº2, 2008

DÍAZ BARRADO, C. y TRINIDAD NÚÑEZ, P., “Trata de blancas en Albania”, *Contrastes: Revista cultural*, núm. 52, 2008

DIMITRIJEVIC, V., Justice must be done and be seen to be done: the Milosevic trial, *East European Constitutional Review*, EUA, vol.11, núm. 1-2, 2002

DONOHU, D., “Human Rights Enforcement in the Twenty-First Century”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 35, 2006.

DORADO PORRAS, J., “Justicia transicional, persecución penal y amnistías”, núm. 28, Época II, enero 2013

DÖRMAN, K., La situación jurídica de los “combatientes ilegales/no privilegiados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003

DUGARD, J., y REYNOLDS, J., “Apartheid, International Law, and the occupied Palestinian territory”, *EJIL*, vol. 24, núm. 3, 2013

DUGARD, J., VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights”, *AJIL* vol. 92, núm. 2, 1998

DUTRÉNIT BIELOUS, S.E., Secuencias de la impunidad prolongada: la experiencia uruguaya cuando amenecen verdad y justicia, *Historia Actual Online*, nº30, 2012

ELEWA BADAR, M., “Islamic Law (Shari’a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011,

ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing Accountability as a Way to Promote Peace and Stability-The Role of International War Crime Tribunals”, *J.Nat’l Security L. & Pol’y*, vol. 2, 2006

EMMANUEL GROSS, “Thwarting Terrorist Acts by Attacking the Perpetrators or Their Commanders as an Act of Self-Defense: Human Rights Versus the State’s Duty to Protect its Citizens”, *Temp. Int’l & Com. L.J.*, núm. 15, 2001

ENACHE-BROWN, C. y FRIED, A., “Universal Crim, Jurisdiction and Duty. The obligation of aut dedere aut judicare in International Law, *McGill Law Journal*, vol. 43, 1998

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “El fin de la estrategia de conclusión de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda: el mecanismo residual internacional”, en *Estudios de derechos internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, coord. Por Mariano, J. Aznar Gómez y Jorge Cardona Llorens, Vol. 1, 2012

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La protección internacional de los derechos humanos” en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 16ª ed., 2007

ESPÓSITO, C., “Of Plumbers and Social Architects: Elements and Problems of the Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of States”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, núm. 3, 2013

ESTEVE MOLTÓ, J.E., “El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional. La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 22, 2006

ERFANI NASAB, A., MAHDI MEGHADADI, “Muslim clerics and leadership in human rights education in Muslim societies”, *Procedia- Social and Behavioral Sciences*, vol. 31, 2012

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009. Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2010 (“Caso Tibet”) y al Voto particular que formulan tres magistrados”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 1/2011

FERENCZ, B., “A New Approach to deterring illegal wars”, en Benjamin Ferencz, *Law. Not War*, agosto de 2011

FERNÁNDEZ LIESA, C., “Aspectos jurídico-humanitarios de la guerra civil española” en *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia* / coord. por Antoni Pigrau i Solé, Andreu Olesti Rayo, Vol. 1, 2009

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso de la represión en Argentina”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 61, nov. 2008

FERRER LLORET, J., “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del tribunal internacional de justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 18, 2002

FIERENS, J., “Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm.4, sept. 2005

FINDLAY, C., “Abducting terrorists overseas for trial in the United States: Issues of International and Domestic Law”, *Texas International Law Journal*, núm. 23, 1998

FITZPATRICK, “Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism”, *American Journal of International Law*, Vol 96, 2002

FRANCES Y.F, MA., “Noriega’s Abduction from Panama: Is Military Inavsaion an Appropriate Substitute for International Extradition?”, *Loy. LA. Int’l & Comp.L.J.*, núm. 13, 1990-1991

FRISSE, G.M., “The Winding Down of the ICTY: The Impact of the Completion Strategy and the Residual Mechanism on Victims”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3, 2011

FUENTES MONZONÍS-VILLALONGA, J., “Una OSCE para el siglo XXI”, Real Instituto Elcano, ARI N° 123-2005, 6 de octubre de 2005

GAETA, P., “When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?”, *J.Int’l Crim. Just.*, vol. 6, 2008

GALELLA, P., y ESPÓSITO, “C., Las entregas extraordinarias en la lucha contra el terrorismo. ¿Desapariciones Forzadas?”, *SUR, Revista internacional de derechos humanos*, v. 9, n°16, junio 2012

GARCÍA FALCONI, R., *Límites y alcance de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*,

AMBOS, K., MALARINO, E., Y ELSNER G., (editores), Fundación Konrad-adenauer-stiftung e.v, Montevideo, 2010

GARCÍA OTERO, R., Activación de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional en Colombia, *Justicia Iuris*, vol. 8, núm.1, 2012

GARCÍA SAN PEDRO, J., “La cooperación policial en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006

GARKAWE, S. “The South African Truth and Reconciliation Commission: A Suitable model to enhance the Role and Rights of the victims of Gross Violations of Human Rights”, *Melbourne University Law Review*, vol. 27, 2003

GENEUS, J., “Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction: A Comment on the AU—EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction”, *J. Int’l Crim. Just.*, vol. 7, 2009

GERSHOWITZ, J., “Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity?”, *Northwestern Journal of International Rights*, vol. 8, núm. 1, otoño de 2009

GIL, GIL, A., “Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, ENERO-JUNIO 2006

GIL GIL, A., “Justicia transicional en España” en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, coord. Por Josep Tamarit Sumalla, Atelier, Barcelona, 2010

GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-r1, 2005

GIL GIL, A., “Los delitos internacionales” en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Coord. Josep Tamarit Sumalla, Ed. Atelier, Barcelona, 2010

GILBERT, G., “State sovereignty as a guarantee of an individual’s human rights-Selected aspects”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 21, 1994

GIMBERNAT ORDEIG, E., y GONZÁLEZ DE AMEZÚA, C., “Algunos problemas de la extradición en el Derecho Penal español”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, Tecnos

GITTI, A., “Impunity under National Law and Accountability under International Human Rights Law: Has the Time of a Duty to Prosecute Come?”, *ItYBIL*, vol.9, 1999

GLUZMAN, H., On Universal Jurisdiction-Birth, life and a Near-death experience? *Bocconi School of Law Student-edited papers*, Paper No. 2009-08

GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y Jurisdicción Universal de los Tribunales Nacionales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 27, núm. 82 (2006)

GONG-GERSHOWITZ, J., “Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity?”, *Northwestern Journal of International Rights*, vol. 8, núm. 1, otoño de 2009,

GRAEFFRATH, B., “Leave to the Court what belongs to the Court: The Lybian Case”, *European Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 1993

GREEN, L.C., “The Eichmann Case”, *Modern Law Review*, vol. 23, 1960,

GREENWOOD, C., War, “Terrorism and International Law”, *Current Legal Problems*, núm 46, 2004

GUILLAUME, G., “La Convention de la Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d’aéronefs”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 16, 1970

GUILLAUME, G., “Terrorisme et droit international”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 215, 1990

GUILLAUME G., The Future of International Judicial Institutions, 44 *International and Comparative Law Quarterly*, 1995

GUILLERMINA MEZA, A., “La responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos: la atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año IV, núm. 5, 2010

GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas: la discutida posición del Consejo de Seguridad, *Anuario de derecho internacional*, núm. 18, 2002

GUZMÁN DALBORA, J.L., “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, AMBOS, K., MALARINO, E., y ELSNER G., (editores), Fundación Konrad-adenauer-stiftung e.v, Montevideo, 2010, pp.171-192

HAGGENMACHER, “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de l Cour internationale”, *RGDIP*, vol. 90, núm. 5, 1986

HASSON, A.I., “Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet and Milosevic-Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law”, *Int’l Comp. Law Review*, núm. 25, 2002

HENZELIN, M., *Le principe de l’universalité en droit penal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et de juger selon le principe de l’universalité*, Basilea/Ginebra/Munich/Bruselas, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000

HENZELIN, M., “L’immunité pénale des chefs d’Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?”, *Revue suisse de droit international et européen (RSDIE)*, Vol. 12, 2002

HERRMANN, J., “A critical analysis of the transitional justice measures incorporated by rwandan gacaca and their effectiveness”, 19 *James Cook University Law Review*, 90, 2012

HOPKINS, K., “The Effect of an African Court on the Domestic Legal Orders of African States”, *African Human Rights Law Journal*, núm. 2, 2002

HWANG, P., “Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 22, 1998-1999

IBHAWOH, B., “Between Culture and Constitution: Evaluating the Cultural Legitimacy of Human Rights in the African State”, *Human Rights Quarterly*, núm. 22, 2000

JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez”, *REDI*, 2, 2011

JOYNER, C.C., “Arresting Impunity: the Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996

KALECK, W., “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”, *Mich. J. Int’l Law*, 2009

KAUL, P., y KRESS, K., “Jurisdiction and Co-operation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises,” en *YIHL*, vol. 2, 1999

KEBEDE TIBA, F., “The Mengistu Genocide Trial in Ethiopia, Notes and Comments”, *Journal of International Criminal Justice* núm. 5, 2007

KELLY, M.J., “Cheating justice by cheating death: the doctrinal collision for prosecuting foreign terrorists-passage of aut dedere aut judicare into customary law and refusal to extradite based on death penalti”, *Ariz.J.Int’l & Comp. L.*, vol. 20, 2003

KINGSBURY, B., Is the proliferation of international courts and tribunals a problem? *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999

KIRSCH, P., “Applying the principles of Nuremberg in the International Criminal Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 5, núm. 6, 2007

KLEFFNER, J.K., “The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law”, *J. Int’l Crim. Just.*, vol. 1, 2003

KOAGNE ZOUAPET, A., “Une si évidente décision...une Cour bien confuse: quelques observations sur l’arrêt de la Cour africaine des Droits de l’Homme et des Peuples en l’affaire Femi Falana c. Union Africaine (Affaire N°001/2011)”, publicado en Coalition for an effective African Court of Human and Peoples’ Rights

KOSKENNIEMI, M., “Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law”, *Constellations*, vol 15, núm. 2, 2008

KOSKENNIEMI, M., y LEINO, P., "Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties" *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 553-579. La CDI también ha abordado esta cuestión mediante el nombramiento

KUSCHNIK, B., Humaness, Humankind and Crimes Against Humanity, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 2, 2010

KU, J.G., "Customary International Law in State Courts", *Va. J.I.L.*, 2001

LAGODNY, O., REISNER, S., "Extradition Treaties, Human Rights and "Emergency Brake"-Judgments: A comparative European Survey", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1994

LAGODNY, O., SCHOMBURG, W., "International Cooperation in Criminal Matters and Rights of the Individual from a German Perspective", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 2

LAHIRI, K., "Rwanda's Gacaca Courts a Possible Model for Local Justice in International Crime", *International Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 2, 2009

LAMARCA, C., "El principio de justicia universal y la competencia de la Jurisdicción española en los casos de Argentina Chile", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº Extra 1, 2000

LANGLAND, E., "A Decade of Descent: The Ever-Shrinking Scope and Application of Universal Jurisdiction", *INT'L L. NEWS* (ABA Section of Int'L.), Summer 2010

LANGER, M., "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", *AJIL*, Vol. 105, núm. 1, 2011

LAPLANTE, L.J., "The domestication of international criminal law: a proposal for expanding the international criminal courts sphere of influence", *J. Marshall L. Rev.*, vol. 43, 2009-2010

LARSAEUS, N., "The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection. The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers", *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, 2004

LATTANZI, F., “Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda” en *International and National Prosecution of Crimes Under International Law, Current Developments* (Horst Fischer, Claus Kress, Sascha Rolf Lüder, eds.), Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht 44, BWV, 2004

LEE A. S., “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of its International Obligations”, *VA. J. INT’L L.* vol. 29, 1999

LEGAULT A., “Nato intervention in Kosovo: the legal context”, *Canadian Military Journal*, primavera, 2000

LENK, A., “Political Misuses of International Law: the development of the “crime” of population transfer in International Criminal Court”, *Eyes on the ICC*, vol. 1, 2004

LINGHAMMAR, P. “Time for Enforced Disappearance to Disappear. A Study of the International Legal Instruments Addressing Enforced Disappearance”, segundo artículo del trimestre, *Human Rights Studies*, otoño 2008

LIJUN YANG, “On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Chinese J. Int’L L.*, vol. 4, 2005

LIÑÁN LAFUENTE, A., “La construcción del crimen de persecución en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 2, 2008

LIÑÁN LAFUENTE, A., “La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el tribunal híbrido internacional de Timor Oriental”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 12, núm. 2, 2008

LUBAN, D., “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2004

MACDONALD, A., “Local understandings and experiences of transitional justice: a review of the evidence”, The Justice and Security Research Programme, Paper 6, julio de 2013

MALLINDER, L., Fighting impunity and promoting international justice, European Initiative for Democracy and Human Rights: Promoting Justice and the Rule of Law, “Global comparison of amnesty laws” (borrador), ISISC, 2008

MALMUD-GOTI, J., “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, *Human Rights Quarterly*, vol. 12, 1990

MANACORDA, S., “Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?, *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 de mayo de 2013

MANERO SALVADOR, A., “Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 28, 2012

MANERO SALVADOR, A., “El valor jurídico de la Carta de Derechos fundamentales. De Niza a Lisboa” en *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, coord.: FERNÁNDEZ LIESA, C., DIAZ BARRADA, C., MANERO SALVADOR, A., ALCOCEBA GALLEGU, A., Dykinson, 2008

MANERO SALVADOR, A., “Medidas internacionales de represión de la trata de mujeres” en *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Tirant lo Blanch, 2011

MANIRABONA, M.A., “L’affaire Trafigura: vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que crimes contre l’humanité », *Revue de droit internationale et de droit comparé*, Vol.88, núm. 4, 2011

MARÍN CASTÁN, F., “La piratería com crimen internacional”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 160, 2013

MARTÍN MARTÍNEZ, M., “Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales”, U. *Miami International & Comparative Law Review*, 2000-2001

MATHISEN, G., “On the fairness of proceedings for extradition or surrender”, *European Human Rights Law Review*, Sweet & Maxwell and its Contributors, núm.5, 2010

MATTAR, M. Y., “Trafficking in Personas, Especially Women and Children, in Countries of the Middle East: The Scope of the Appropriate Legislative Responses, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 23, núm 3

MELONI, C., “Extraordinary renditions della CIA e responsabilità europee: il punto di vista della Corte Europea dei diritti dell’uomo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 de junio 2013

MENDELSON, M., “The Formation of Customary International Law”, *RCADI*, vol. 72, 1998

MIAJA DE LA MUELA, A., “El derecho internacional ante las sociedades multinacionales”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 2, 1975

MIRANDA RODRIGUES, A., “La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II) en La orden de detención y entrega europea, coord. por MUÑOZ DE MORALES, M., ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A., Ed. Universidad Castilla La Mancha

MOHAMMED, W.A., “The Rome Statute and Captain Planet: What Lies between Crime against Humanity and the Natural Environment”, *Forham Envtl. L. Rev.*, vol. 9, 2009

MORALES ROMERO, M., “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones- marco: ¿hacia el efecto directo?: especial referencia al caso Pupino, en *El derecho penal de la Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro*, coord. por. ARROYO ZAPATERO, L.A., NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2007

MORENO CATENA, V., El espacio judicial y penal en el marco del Convenio de Schengen, Anuario Residencia de Estudiantes “Fernando de los Ríos”: [1995- 1996]. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997

MORENO FERNÁNDEZ, A., “La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización”, *REEI*, vol. 12, 2006

MORGAN C., “The European Arrest Warrant and Defendant’s Rights: an overview”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010

- MOWBRAY, A., “European Convention on Human Rights: institutional reforms proposals and recent cases”, *Hum.Rts.L. Rev.*, núm. 3, 2003
- MUNDIS, D., “Completing the mandates of the *ad hoc* international criminal tribunals: lessons from the Nuremberg process?”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 28, 2004-2005
- MUNDIS, D., “The use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts”, *American Journal of International Law*, 2002
- MURRAY, A.R.J., “Does International Criminal Law Still Require a “Crime of Crimes”? A Comparative Review of Genocide and Crimes Against Humanity”, *Goettingen J. Int’l L.*, vol. 3, 2011
- NAGAN, W., y ATKINS, L., “The International Law of Torture: From Universal Proscription to Effective Application and Enforcement”, *Harv. Hum. Rts. J.*, vol. 14, 2001
- NAQVI, Y., “Estatuto de prisionero de guerra: “casos de duda”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de septiembre de 2002
- NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 82, 2012
- NILSSON, J., “Crimes Against Humanity” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, ed. A. CASSESE, Oxford University Press, New York, 2009
- NTAMPAKA, C., “Le Gacaca Rwandais: une Justice Répressive Participative,” *Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2001
- NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011
- NOLLKAEMPER, A., “Wither aut dedere? The obligation to extradite or prosecute after the ICJ’s Judgement in Belgium v Senegal”, *SHARES Research Paper*, núm. 27, 2013
- O’HIGGINS, P., “Disguised Extradition: The Soblen Case”, *MOD. L. Rev.*, vol. 27, 1964

OLÁSOLO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, 2003

ORENTLICHER, D., “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale Journal of International Law*, 1991, vol. 100

ORIOLO, A., “Revisiting the interactions between the ICC and national jurisdictions as a new gateway to strengthening the effectiveness of international criminal justice”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 83, 1er y 2do trimestres de 2012

PASTOR RIDRUEJO, A. “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coord.) *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, AEPDIRI, Iustel, 2008

PAUST J., “Executive plans and authorizations to violate international law concerning treatment and interrogation of detainees”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm 43, 2005

PEERS, S., “The “Opt-out” that Fell to Earth: The British and Polish Protocol Concerning the EU Charter”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, núm. 2, 2012

PELLET, A., “Can a State Commit a Crime? Definitively, Yes!”, *EJIL*, Vol. 10, núm. 2, 1999

PENKSY, M., “Amnesty on Trial: Impunity, Accountability and the Norms of International Law”, *Ethics and Global Politics*, núm 1, 2008

PÉREZ FRANCESCH, J.L., “Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, enero-junio de 2005

PÉREZ GONZÁLEZ M.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO P., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LIV, 2002

PÉREZ MANZANO, M., “La extradición: una institución constitucional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 2004

PIGRAU I SOLÉ, A., “La jurisdicción extraterritorial como vía para hacer responsable a las empresas por daños al medio ambiente causados en el extranjero: especial referencia al ATCA”, *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, 2012

PIGRAU I SOLÉ, A., “La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través del Alien Tort Claims Act por su participación en las violaciones de derechos humanos”, *Revista española de desarrollo y cooperación*, núm. 25, 2012

PLACHTA, M., “*Aut dedere aut judicare*: an overview of modes of implementation and approaches”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, vol. 6, núm. 4

PLACHTA, M., “Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle *aut dedere aut judicare*”, 114th International Training Course, Visiting experts papers, Resource material series No. 27, 2001

PLACHTA, M., “(Non)-Extradition of Nationals: A Neverending Story?”, *Emory International Law Review*, vol. 13, 1999

PLACHTA, M., “The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle *Aut Dedere Aut Judicare*”, *EJIL*, 2001, vol. 12, núm.1

PREUSS, L., “Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign Territory”, 29 *American Journal of International Law*, 1935

PUENTE EGIDO, J., “La extradición, problema complejo de cooperación internacional en materia penal”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 15, 2000

QUISPE REMÓN, F., “El reconocimiento del derecho al debido proceso en el derecho internacional y su relación con Estados Unidos: El caso Guantánamo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 23, Época II, junio 2010

RABBAT, P., “*Aut dedere aut judicare*: Constitutional Prohibitions on Extradition and the Statute of Rome”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 15, núm. 1, 2002

RAMÓN CHORNET, C., “Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de torturas”, *REDI*, vol. 56, núm. 1, 2004

REID, H., "Inter-State Rendition and the Illegal Return of Fugitives", *Howard Law Journal*, vol. 2, 1956

REMIRO BROTONS, A., Crímenes internacionales, jueces estatales, *Política Exterior*, núm. nº134, marzo-abril 2010

REMIRO BROTONS, A., "¿De la asistencia a la agresión humanitaria? OTAN versus Consejo de Seguridad", *Política Exterior*, Vol. 13, mayo-junio, 1999

RETTIG, M., "Gacaca: Truth, Justice, and Reconciliation in Postconflict Rwanda?" *African Studies Review*, núm. 51(3), 2008, pp. 25–50; KIRKBY, C., "Rwanda's Gacaca Courts: a Preliminary Critique", *Journal of African Law*, vol. 50, núm. 2, 2006

REYDAM, L., "The Rise and Fall of Universal Jurisdiction", Working Paper No. 37, Enero 2010, Leuven Centre for Global Governance Studies

RIACHY, R., "Trials in Absentia in the Lebanese Judicial System and at the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010

RIS, La decisión del TEDH en el asunto Canales Bermejo c. España: una sombra definitiva, Series análisis jurídicos-GCy F, diciembre 2012

RIDLEY, Y., "Bush Convicted of War Crimes in absentia", *Foreign Policy Journal*, 12 de mayo 2012

ROBBINS, M., "Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement", *California Western International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, 2005

ROBERTS, A.E., "Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation", *AJIL*, vol. 95, 2001

ROCH, M.P., "Forced Displacement in the Former Yugoslavia, A Crime under international law", *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 14:1, 1995-96

ROHT-ARRIAZA, N., 'State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law', *California Law Review*, vol. 78, núm. 2, 1990

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., Actos terroristas y derecho internacional, *Revista General de la Marina*, tomo 250, marzo 2006

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Targeted killing”: de los “ataques letales selectivos” a los “asesinatos selectivos” y a las “ejecuciones extrajudiciales”, en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, Reflexiones sobre el conflicto colombiano, Dtores: DÍAZ BARRADO, C.M., FERNÁNDEZ LIESA, C.R., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., Civitas, 2013

ROLDÁN BARBERO, “La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: la sentencia Soering de 7 de julio de 1989”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, núm.2, 1990

ROTH, K., “The Case for Universal Jurisdiction”, *Foreign Affairs*, September/October 2001

RUBIO PLO, A., “La OSCE: diálogo, cooperación y falta de voluntad política”, Real Instituto Elcano, ARI N° 128/2006, de 19 de diciembre de 2006

RUILOBA ALVARIÑO, J., *Los pactos internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966 en Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (coord. por FERNÁNDEZ DE CASEDEVANTE ROMANÍ), Ed. Dilex, 2007

SADAT, L., “Extraordinary rendition, torture and other nightmares from the war on terror”, *George Washington Law Review*, núm. 75, 2006-2007

SADAT, L., “Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, 2006

SADAT, L., “Redifining Universal Jurisdiction” *New England Law Review*, vol. 35, 2001

SADAT, L., “Terrorism and the rule of law”, 136 *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, 2004

SÁENZ DE SANTAMARÍA, A., “Kosovo: Todo por el Derecho Internacional pero sin el Derecho Internacional”, *Meridiano, C.E.R.I.*, núm. 28, agosto de 1999

SALMÓN, E., “Las entregas extraordinarias y el acervo humanitario del derecho internacional, ¿abre la nueva administración americana alguna perspectiva de cambio?”, *Derechos y Libertades*, núm. 21, época II, junio 2009

SANGEETA, S., “Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2013

SARKIN, J., “Tension between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with Genocide”, *Journal of African Law*, vol.45, núm. 2, 2001A

SARKIN, J., “The Role of Regional Systems in Enforcing State Human Rights Compliance on Human and People’s Rights and the New African Court of Justice and Human Rights with Comparative Lessons from the Council of Europe and the Organization of American States”, *Inter-american and European Human Rights Journal*, núm. 199, 2008

SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law”, *The George Washington Law Review*, vol. 75

SCELLE, G., “Règles générales du droit de la paix”, *RdC*, núm 46, 1993

SCHABAS, W., “The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals”, *Case W. Res. J. Int’l L.*, vol. 37, 2005-2006

SCHABAS, W., “Genocide Trials and Gacaca Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm. 4, sept. 2005

SCHARF, M., “Aut dedere aut judicare” en la Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011

SCHARF, M. P., “From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 63, 2006

SHEARER, I., *Extradition in International Law*, Manchester, University of Manchester Press, 1970

SHELTON, D., The Promise of Regional Human Rights Systems, in B. Weston and S. Marks (eds.), *The Future of International Human Rights* (Ardsley, Transnational Publishers 1999),

SCHWELB, E., “Crimes Against Humanity”, in H. Lauterpacht (ed.), *British Yearbook of International Law* vol. 23, 1946

SCHOMBURG, W., “The role of international criminal tribunals in promoting respect for fair trial rights”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Otoño de 2009

SCHONS, G.W., “United States v. Toscanino: an Assault on the Ker-Frisbie Rule”, *San Diego L. Rev.* núm 12, 1974-1975

SCOTT NANCE, D., “The Individual Right to Asylum Under Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *Mich. YBI Legal Stud.*, núm. 3, 1982

SERRANO FIGEROA, R., “El terrorismo y el derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003

SIMMA, B., “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *European Journal of International Law*, 10, 1999

SIMON J.M., “Jurisdicción universal. La perspectiva del Derecho Internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, 2001

SHEA, M., “Expanding judicial scrutiny of human rights in extradition cases after Soering”, *Yale Journal of International Law*, vol. 17, núm1, Invierno 1992

SHELTON, D., “The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, núm 13, 2003

SLAUGHTER, A.M. y BURKE-WHITE, W., “The Future of International Law is domestic” en NIJMAN, J., y NOLLAEMPER, A. (eds.), *New Perspectives on the Divide between International and National Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007

SLOAN, J., “Prosecutor v. Dragan Nikolic: Decision on Defence Motion for Illegal Capture”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16

SLUITER, G., “Chapeau Elements” of Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the UN Ad Hoc Tribunals” en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. SADAT, L.N., Cambridge Unveristy Press, 2011

SLUITER, G., *Arrest and Surrender en The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. In chief Antonio Cassese, Oxford University Press, 2009

SLYE, R.C., “Apartheid as a crime against humanity: a submission to the South African Truth and Reconciliation Commission”, *Mich. J.Intl’L.*, vol. 20, 1998-1999

SOSA NAVARRO, M., “A hybrid strategy to prosecute the waging of war”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. XVII, 2013

SOSA NAVARRO, M., “Cornering torturers through international law: the role of domestic prosecution in the eradicating human rights violations in Guantanamo. An Italian approach”, *Rivista de la Cooperazione Giuridica Internazionale*, núm. 44, mayo-agosto 2013

SOSA NAVARRO, M., “La evolución de la obligación de extraditar o juzgar a través del caso Hissène Habré”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, diciembre 2013.

SPONSLER H.T., “International kidnapping”, *International Lawyer*, vol.5, núm. 1, 1971

STEYN, J., “Guantanamo Bay: The legal black hole” (the 27th FA Mann Lecture, 25 de noviembre de 2003), reimpresión en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004

STONE, R., “Deprivation of liberty: the scope of article 5 of the European Convention of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, Sweet & Maxwell and its Contributors, nº1, 2012

STRISOWER, L., “L’exterritorialité et ses principales applications”, Hague Academy of International Law

SUBOTIC, J., *The Paradox of International Justice Compliance*, The International Journal of Transitional Justice, 2009

SULLIVAN, S., "Rational interpretation of in irrational times: the third Geneva convention and the "war on terror", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, 2003

TAYMOUR KAMEL, The Principle of Legality and Its Application in Islamic Criminal Justice, en *The islamic criminal justice system*, Cherif Bassiouni, ed., New York, Praeger, 1982

TEITEL, R., "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", *The Yale Law Journal*, 1997, vol. 106(7)

THIERRY, H., "The Thought of Georges Scelle", *EJIL*, vol 1, 1990

TIRIBELLI, C., "Judgement in absentia in international criminal law: its admissibility before the ad hoc tribunals, the International Criminal Court and the European Arrest Warrant, *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 18, núm. 2

TOMUSCHAT, C., "Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., "La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, 2004

TRECHSEL, S., "A World Court for Human Rights", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol.1, 2003

TRIFFTERER, O., "Rapport général. Première partie par Otto Triffterer, Les crimes internationaux et le droit penal interne", Actes du Colloque Préparatoire tenu à Hammamet, Tunisie, 6-8 juin 1987, *Revue Internationale de Droit Penal* (Coloquio Preparatorio del XIV Congreso de Derecho Penal Internacional realizado en Viena en 1989)

ULRICH, J., "The Gloves Were Never On: Defining the President's Authority to Order Targeted Killing in the War Against Terrorism", *Va. J. Int'l L.*, núm. 45, 2005

VAN DEN WYNGAERT, C., “Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandoras Box?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 39, 1990

VAN ELST, R., “Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000

VAN SCHAAK, B., “The Definiton of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1998-1999

VAN STEENBERGHE, R., “The obligation to extradite or prosecute. Clarifying its nature”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011

VENTURA, M.J., “Complementarity and universal jurisdiction: South Africa’s International Criminal Court Act and the domestic investigation of extraterritorial international crimes”, War Report 2013, Geneva Academy

VILLAGRÁN KRAMER, F., “¡Mala captus, bene detentus! El secuestro y la extradición irregular a la luz de los derechos humanos y del derecho internacional”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 23, 1996

VILLÁN DURÁN, C., “Convención contra la Tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en el derecho Internacional”, *REDI*, vol. 37, núm. 2, 1985

VILLÁN DURÁN, C., “La declaración universal de derechos humanos en la práctica de Naciones Unidas” en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración universal*, BLANC ALTEMIR, A., (Coord.), Universitat de Lleida, Tecnos, 2008

VON BERNSTORFF, J., “The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law”, *EJIL*, Vol. 19, núm. 5

VON BOGDANDY y A.; VENZKE, I., “In whose name?” An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification”, *EJIL*, Vol. 23, núm. 1, 2012

WALDORF, L., “Mass justice for mass atrocity: rethinking local justice as transitional justice”, *Temple Law Review*, vol. 79, núm. 1, primavera 2006

WEISSBRODT D AND BERGQUIST A., “Extraordinary rendition: a human rights analysis”, *Harvard Human Rights Journal*, núm. 19, primavera 2006

WEISSBRODT, D y HEILMAN, C., “Defining Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment”, *Law and Inequality: A journal of Theory and Practice*, Vol. 29, núm. 2 (Verano 2011)

WELDEHAIMANOT, S.M., “Towards Speedy Trials: Reforming the Practice of Adjudicating Cases in the African Human Rights System”, *The University for Peace Law Review*, Vol.1:14; 2010

WEYEMBERGH, A., “L’harmonisation des procédures pénales. C’est une condition nécessaire pour l’implementation du mandat d’arrêt européen ? ” en ARROYO ZAPATERO; L., NIETO MARTIN, A., *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010

WIRTH, S., Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgement in the Congo v. Belgium Case, *EJIL*, vol. 13, 2002

YOO, J., “Transferring terrorists”, *Notre Dame Law Review*, núm. 79, 2004

YUNG-MING, Y., “The Formation of the Asean Intergovernmental Commission on Human Rights: A Protracted Journey”, *Journal of Human Rights*, vol. 10, 2011

ZAGARIS, B., “Extradition-Italian Justice Minister Defers Extradition of CIA operatives”, *International Enforcement Law Rep.*, núm. 22, junio de 2006

ZAFFARONI, E.R., “La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc/mes 2, 1989

ZAPPALÁ, S., “Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for International crimes? The Ghaddafi case before the French Cour de Cassation”, *EJIL*, vol. 3, 2001

ZAPPALÀ, S., “Respect for Human Rights in International Criminal Proceedings” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009

ZAPPALA, S., “The problem of procedural models: the need for a principles approach to procedure, designed to enhance respect for Human Rights” en *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford University Press, New York, 2003

ZICCARDI CAPALDO, G., “Verticalità della Comunità Internazionale e Nazioni Unite. Un Riesame del Caso Lockerbie” en *Interventi Delle Nazioni Unite e Diritto Internazionale*, Paolo Picone ed., 1995

ZILBERSHATS, Y., Apartheid, International Law, and the occupied Palestinian territory: a reply to John Dugard and John Reynolds”, *EJIL*, vol. 24, núm. 3, 2013

4. OTROS

Tesis doctorales

BECERRA RAMÍREZ, J.J., Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano”. TU, Los tratados internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano, Director: Emilio Pajares Montolío, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, mayo 2009

ORDOÑEZ REYNA, A.B., *Régimen constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica*, TU, Dtor: Jaume Vernet I Llobet; tutora: Roser Martínez Quirante, Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico Jurídicas de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2010

Informes ONGs

AI “USA: Guantánamo-A decade of damage to human rights”, índice AMR/51/103/2011.

AI, “USA, Guantánamo: a decade of damage to human rights and 10 anti-human rights messages Guantánamo still sends”, Índice AMR 51/103/2011, diciembre 2011

Amnistía Internacional, “Rendition” and secret detention: a global system of human rights violations, questions and answers”, índice: POL 30/003/2006, enero 2006.

Informe de 2008 de Human Rights Watch, “Why am I still here? The 2007 Horn of Africa renditions and the fate of those still missing”

AI, “Amnesty International Report 2007: The State of the World’s Human Rights”, 2007.

By the numbers. Findings of the Detainee Abuse and Accountability Project”, New York University’s Center for Human Rights and Global Justice, Human Rights Watch and Human Rights First, abril de 2006

Will I be next?”, US drone strikes in Pakistan, Index nº ASA 33/013/2013 de 22 de octubre de 2013

Human Rights Watch, “Between a Drone and Al-Qaeda” de 22 de octubre de 2013.

The Bureau of investigative journalism, “Get the data: drone wars, Obama 2012 Pakistan strikes”, 2012.

Human Rights Watch, “Justice Compromised, The Legacy of Rwanda’s Community-Based Gacaca Courts”, Report, 31 de mayo de 2011.

HRW, “Libya: New Government Should End Illegal Detention. Thousands held without charge”, 16 de noviembre de 2012

HRW, “Open secret. Illegal detention and torture by the Joint Anti-terrorism Task Force in Uganda”, abril de 2009

HRW, “We’ll kill you if you cry”: sexual violence in the Sierra Leonan conflict”, vol. 15, núm. 1(A), enero de 2008

Amnesty International, Universal Jurisdiction. A preliminary survey of legislation around the world, 2011, IOR 53/004/2011.

FIDH-REDRESS, Universal Jurisdiction in the European Union. Country Studies, 2001

Amnesty Internacional, International Law Commission: the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare), IOR 40(001/2009, 2009

SILVA, R., KLINGNER, J. y WEIKART, S., "State Coordinated Violence in Chad under Hissène Habré". A Report by Benetech's Human Rights Data Analysis Group to Human Rights Watch and the Chadian Association of Victims of Political Repression and Crimes de 3 de febrero 2010

Amnistía Internacional, "Chad: The Habré Legacy, índice: AFR 20/004/2001 de 15 de octubre de 2001

FUENTES NORMATIVAS, DOCUMENTALES Y JURISPRUDENCIALES

1. Fuentes normativas

Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional de 17 de julio de 1998

Reglamento de la Corte Penal Internacional,

Estatuto del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia

Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda

Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano

Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para el Líbano.

Carta de Londres del Tribunal Militar Internacional

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de Diciembre de 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Protocolos Facultativos al primero de los Pacto

Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977

Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General por la Resolución 61/77 de 20 de diciembre de 2006

Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de la moneda

Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas de 26 de junio de 1936

Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena y protocolo final de 2 de diciembre de 1949

Convenio para la prevención y sanción del terrorismo de 16 de noviembre de 1937

Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971

Convención contra el apartheid de 1973

Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973

Convenio de la Haya sobre el secuestro de aeronaves de 1970

Convención contra la Tortura de 1984

Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Nueva York, 21 de marzo de 1950

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, aprobada el 15 de noviembre de 2000

Tratado Modelo de Extradición de 1990 aprobado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Tratado Modelo de Extradición de la Naciones Unidas, aprobado en la 68ª sesión plenaria de la Asamblea General, A/RES/45/116 de 14 de diciembre de 1990)

Naciones Unidas, Convención sobre la No Aplicabilidad de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad de 26 de noviembre de 1968

Convención Interamericana de Extradición de 1981

Carta de París para una Nueva Europa, 21 de noviembre de 1990, OSCE

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18. 12. 2000 (2000/C 364/01)

Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a estos dos Estados (Protocolo No. 30) en el que se afirma que este instrumento no permitiría a ningún órgano judicial, europeo o nacional, calificar las leyes o regulaciones de estos países de vulneradoras de los derechos y libertades reconocidos en la Carta

Tratado de Lisboa

Convención de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), Carta de Minsk, de 26 de mayo de 1996

ASEAN Charter relating to the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Convención Americana de Derechos Humanos

Convenio Europeo sobre Extradición de 1957

Convención relativa a la Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1996.

2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros

2. Documentos oficiales

Naciones Unidas

Resolución de la Asamblea General 260 B (III), 78 UNTS de 9 de diciembre de 1948

Resolución aprobada el 28 de marzo de 2011 sobre la base del informe de la tercera Comisión (A/RES/65/205)

AG, Declaración para la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas de 18 de diciembre de 1992, Doc. NU: A/RES/47/133.

Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, Documento NU: CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007

Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica impuesta, 80º período de sesiones, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004,

Comité de Derechos Humanos, Observación General 20 (Un. Doc A/47/40 (1992)

Comité de Derechos Humanos, Observación General 29 sobre los estados de excepción, Doc NU. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2

Comité de Derechos Humanos, Larrañaga c. Filipinas, Comité de Derechos Humanos, comunicación núm. 1421/2005 de 24 de julio de 2006

Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, República Democrática del Congo, Doc. NU: CCPR/C/COD/CO/3 (2006), y República Centroafricana, Doc NU: CCPR/C/CAF/CO/2 (2006)

Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 1174/2003, asunto Madani c. Argelia, 28 de marzo de 2007

Comité de Derechos Humanos, Ng c. Canadá, Comunicación núm. 469/1991 de 7 de enero de 1994

Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10)

Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Documento NU E/CN.4/2005/L.10/Add. 11 de 19 de abril de 2005

Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff de 9 de agosto de 2012, Documento NU A/HRC/21/46

Comité contra la Tortura (CAT), Conclusiones y recomendaciones: Reino Unido e Irlanda del Norte- territorios dependientes. Doc NU. CAT/C/CR/33/3, 10 diciembre de 2004

Comité contra la Tortura, Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture: United States of America, U.N. DOC. CAT/C/USA/CO/2, 18 de mayo de 2006

Comité contra la Tortura en el caso de Agiza c. Suecia (Comunicación núm. 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003)

Comité contra la Tortura, 36º período de sesiones, Comunicación nº181/2001: Senegal. 19/05/2006, CAT/C/36/D/181/2001

Comité de Derechos Humanos en el caso Alzert c. Suecia (Comunicación núm. 1416/2006, CCPR/C/88/D/1416/2005)

Comité de Derechos Humanos, Obsevaciones finales, Estados Unidos de América, Doc NU. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 de 18 de diciembre de 2006

Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Un Doc. S/25704

Secretaría General de las Naciones Unidas: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Documento NU S/2004/616, 3 de agosto de 2004

Resolución 827 del Consejo de Seguridad de 25 de mayo de 1993, Doc. NU S/RES/827

Resolución 955 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994, Doc NU S/RES/955

Resolución 138 de 23 de junio de 1960, Doc. NU S/4342 (1960)

Naciones Unidas, Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg – Anexo al Acuerdo para el enjuiciamiento y castigo de los mayores criminales de guerra del Eje Europeo ("London Agreement"), 8 agosto de 1945.

AG, RES 2840, Doc NU: A/RES/2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971 (Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad)

AG, RES 3074, Doc NU: A/RES/3074 (XXVI) de 3 de diciembre de 1992 (Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad).

AG, RES 47/133, Doc NU: A/RES/47/133 (XXVI) de 18 de diciembre de 1992 (Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas)

AG, RES. 51/60, Doc UN: A/RES/51/60 de 28 de enero de 1997 (Declaración de las Naciones Unidas sobre el delito y la seguridad pública).

AG, RES. 4/178, de 17 de diciembre de 1999 (Iraq)

AG, RES. 54/179, de 17 de diciembre de 1999 (RDC)

AG, RES. 54/187, de 17 de diciembre de 1999 (Haití)

AG RES. 61/34, Doc NU A/RES/61/34 (4 de diciembre de 2006)

AG RES. 54/188, de 17 de diciembre de 1999 (Ruanda)

AG RESAG 64/117, Doc UN A/RES/64/117 (16 de diciembre de 2009)

C°S, Res 978, Doc NU: S/RES/978 de 27 de febrero de 1995.

C°S, Res 1318, Doc NU: S/RES/1318 de 7 de septiembre de 2000.

C°S, Res 1120, Doc NU: S/RES/1120 de 14 de julio de 1997.

C°S, Res 1325 (2000), Doc NU: S/RES/1325 (2000) de 31 de octubre de 2000.

C°S, Res 1816 (2008), Doc NU: S/RES/1816 (2008) de 2 de junio de 2008.

Observaciones de Bélgica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65° período de sesiones (2010)

Observaciones de Camerún sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65° período de sesiones (2010)

Observaciones de Chile sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65° período de sesiones (2010)

Observaciones de China sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65° período de sesiones (2010)

Observaciones de Costa Rica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65° período de sesiones (2010)

Observaciones de Dinamarca sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65° período de sesiones (2010)

Observaciones de Finlandia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65° período de sesiones (2010)

Observaciones de Israel sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65° período de sesiones (2010)

Observaciones de Kenia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65° período de sesiones (2010)

Observaciones de Ruanda sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Malasia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de los Países Bajos sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Nueva Zelanda sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Perú sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Corea del Sur sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Eslovenia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Sudáfrica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Suecia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Suiza sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Estados Unidos sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

Observaciones de Argentina sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66º período de sesiones (2011)

Observaciones de Bosnia y Herzegovina sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66º período de sesiones (2011)

Observaciones de Paraguay sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66º período de sesiones (2011)

Observaciones del Reino Unido sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66º período de sesiones (2011)

CDI, 59º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/579/Add.3 de 2 de julio de 2007

CDI, 60º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/599 de 30 de mayo 2008,

CDI, 61º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/612 de 26 de marzo de 2009

CDI, 61º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/612 de 26 de marzo de 2009

Documento de trabajo informal elaborado por Kriangsak Kittichaisaree, Grupo de Trabajo sobre la Obligación de Extraditar o Juzgar (*aut dedere aut judicare*), 5 de abril de 2013, (borrador elaborado por el Director del Grupo de Trabajo).

Europa

Consejo de Europa, Primer Informe relativo a las “Alegadas detenciones secretas y entregas interestatales ilegales de detenidos que involucran a Estados Miembros del Consejo de Europa”. Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de 12 de junio de 2006. Relator: Mr. Dick Marty (Doc. 10957)

Consejo de Europa, Segundo Informe de 11 de junio de 2007, que se centra en la investigación de centros de detención en países europeos como Rumanía y Polonia (Doc. 11302 Rev.)

Parlamento Europeo, “Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos” realizado por la Comisión Temporal sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos de 12 de junio de 2006

Parlamento Europeo, resolución de 19 de febrero de 2009 sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2010/C 76 E/11), P6_TA (2009)0073

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “State of human rights in Europe: the need to eradicate impunity”, Resolución 1675 (2009), adoptada el 24 de junio de 2009

COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, “Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations”, CM/Del/Dec(2011)1110, 4 de abril de 2011

Comisión Europea, Working Document, The relationship between safeguarding internal security and complying with international protection obligations and instruments, Brussels, 5 de diciembre de 2001, COM(2001)

Resumen de los Procedimientos del Comité Preparatorio de la CPI durante el período 25 marzo-12 de abril 1996, Doc. UN: A/AC.249/1 de 7 de mayo de 1996, Relator Jun Yoshida (Japón)

2. Informes

Naciones Unidas

Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585

Consejo de Derechos Humanos, 6ª sesión, Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales

durante la lucha contra el terrorismo, Addendum, Misión a los Estados Unidos de América, 22 noviembre de 2007, A/HRC/6/17/Add.3

Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales durante la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Principios estructurales para asegurar la responsabilidad de los agentes oficiales por violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos cometidas en el contexto de iniciativas estatales de lucha contra el terrorismo, Doc NU A/HRC/22/52, de 1 de marzo 2013 (versión borrador, no editada).

Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Addendum, Estudio sobre asesinatos selectivos, 28 mayo 2010, A/HRC/14/24/Add.6

Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” de 13 de septiembre de 2013, Doc NU A/68/382;

Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo” de 18 de septiembre de 2013, Doc NU A/68/389

Comisión de Derecho Internacional, Segundo Informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Documento NU A/CN.4/661 de 4 de abril de 2013.

Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre el trabajo de su 48º período de sesiones, 6 de mayo-26 de julio de 1996, Doc NU: A/51/10, comentario al artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996

Comisión de Derechos Humanos, “La Cuestión de los derechos humanos de todas las personas detenidas o encarceladas, en concreto: la tortura y otros tratos o castigos inhumanos o degradantes”, Informe del Relator Especial, D. Nigel S. Rodley, doc. NU: E/CN.4/1992/SR.21, de 12 de enero de 1995

Comisión de Derechos Humanos, “Formas contemporáneas de esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de

conflicto armado”, Informe final presentado por la Relatora Espacial, D^a. Gay J. McDougall, Doc NU: E/CN.4/Sub.2/1998/13 de 22 de junio 1998

Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España, 13 de septiembre de 2013

AG, 56º sesión, “La cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, doc NU: A/56/156 de 3 de julio de 2001

Comisión de Derechos Humanos de UN, sesión 39º, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada o Involuntaria, U.N. Doc. E/CN.4/1983/14, de 21 de enero de 1983

Comisión de Derecho Internacional, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, 45º período de sesiones, 2 de mayo a 23 de julio de 1993, Doc: A/CN.4/L.488

Comisión de Derecho Internacional, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, 46º período de sesiones, 2 de mayo a 23 de julio de 1994, Doc: A/CN.4/L.491/Rev

Informe del Comité *ad hoc* sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional, (1995) UN Doc: A/50/22.

Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, elaborado por Martti Koskenniemi, Doc. A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006

Comisión de Derecho Internacional, “Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial. Doc. A/CN.4/571 de 7 de junio de 2006

Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585

Comisión de Derecho Internacional, 60º período de sesiones, Tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 10 de junio de 2008, Doc. A/CN. 4/603

Recomendación del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, Doc. A/59/10, Anexo, La obligación de extraditar o juzgar ("*aut dedere aut judicare*") en derecho internacional, Observaciones Preliminares por Zdzislaw Galicki

Comisión de Derecho Internacional, Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)", 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630.

Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56º período de sesiones. Informe de la Sexta Comisión, relatora: Sra. Anna Sotaniemi (Finlandia), Doc. A/59/510 de 22 de noviembre de 2004

Asamblea General, Resolución 59/41. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56º período de sesiones de 16 de diciembre de 2004, Doc. A/RES/59/41

Asamblea General, Resolución 60/22. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 57º período de sesiones de 6 de enero de 2006, Doc. A/RES/60/22

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 57º período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005), Doc. A/60/10

Comisión de Derecho Internacional, 60º período de sesiones, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 59º período de sesiones (2007), Resumen por temas, preparado por la Secretaría , de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo segundo período de sesiones, 24 de enero de 2008, Doc. A/CN.4/588

Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones, Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, presentado por el Sr. Michael Wood, Relator Especial, 17 de mayo de 2013

Europa

Parlamento Europeo, “Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos” de 30 de enero de 2007, realizado por la Comisión Temporal sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos, que detalla la cooperación de cada uno de los países europeos con la CIA en su programa de “entregas extraordinarias” A6-0020/2007.

Organización de Estados Americanos

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Doc. OAS: AG/Res. 666 (XIII-0/83), de 18 de noviembre de 1983

Otros

Capítulo VI del manual preparado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, Chapter VI: The right to a fair trial - From Investigation to Trial”, Oficina del Alto Comisionado de para los Derechos Humanos.

Nuremberg Trials Final Report, Appendix D: Control Council Law No. 10: Punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity

Informe de la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación, vol. 1, 29 de octubre de 1998.

OSCE, “The Processing of ICTY Rule 11bis cases in Bosnia and Herzegovina: Reflections on findings from five years of OSCE monitoring. A report of the Capacity Building and Legacy Implementation Project”, enero de 2010

Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal de 2001

Asociación de Derecho Internacional, *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, London Conference (2000)

3. Fuentes jurisprudenciales

Jurisprudencia nacional

Argentina

Auto, Causa núm. 4.591/2010, “N.”. s/genocidio”, de 18 de septiembre de 2013

Australia

Vasiljkovic c. Commonwealth (2006), High Court of Australia, 40; 80 ALJR 1399; 228 ALR 447

Canada

R c. Munyaneza, 2009 QCCS 4865, Sentencia de 29 de octubre de 2009

Mugesera c. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration), [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40

Estados Unidos

Hamdan c. Rumsfeld 126 S. Ct. 2749, 2006.

Hamdi c. Rumsfeld, 124 S.Ct. 2633, 2004.

Boumediene c. Bush (128 S. Ct. 2229), 2008

Al Odah et al c. Estados Unidos (No. 03-343) 2004;

Rasul c. Bush (No. 03-343) 2004.

S v. Noriega, 746 F. Supp. 1506, 1533 (S.D. Fla 1990)

United States c. Puentes, 50 F.3d 1567, 1573-74 (11th cir.1995).

US ex rel. Lujan v. Gengler, 510 F.2d 62 (2d Cir 1975), cert. Denied, 421 US 1001 (1975)

Ker c. Illinois, 7 S.Ct. 225, (1886)

Frisbie v. Collins (342 US. 519 (1956)

Dominguez c. State (90 Tex. Crim. 92 (1921).

Estados Unidos c. Rauscher, 119 US 407, 7 S. CT. 234 (1886)

Estados Unidos c. Verdugo-Urquidez, 939 F. 2d 1341), de 1991

Estados Unidos c. Toscanino, 500 F.2d 267, 2^d Cir. 1974

Noriega c. Estados Unidos, 746 F.Supp. 1506, 1533 (s.D. Fla. 1990)

EEUU c. Alvarez Machain, 670, 112 S. Ct 2188 (1992)

Sosa c. Alvarez Machain, 124 S.Ct. 2739 (2004)

Villareal c. Hammond, 74 F.2d 503, C.A.5 1934, 6 de diciembre de 1934.

EEUU c. Caro-Quintero, 745 F. Supp. 599, 602-604, 609 (CD Cal. 1990).

EEUU c. Yunis, 924, F.2d 1086 (DC Cir. 1991)

El-Masri c. Estados Unidos, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007), cert. denied, 128 S. Ct. 373 (2007).

España

Audiencia Nacional, Auto de reactivación de la causa dictada por el JCI nº5 el 13 de enero de 2012, caso Guantánamo

STS 101/2012 de 27 de febrero

Auto de 18 de noviembre de 2008, JCI 5, AN, Sumario, Proc. Ordinario 53/2008 E

AN, Sala de lo Penal, Sección tercera, Sentencia núm.16/2005 de 19 de abril de 2005

Audiencia Nacional, JCI, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Auto núm. 8/2008, Rollo de la Sala 12/2007, 28 de abril de 2008

STS 798/2007 de 1 de octubre

STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala II del Tribunal Constitucional

Francia

Corte de Casación, Cámara Penal, Pros. c. Klaus Barbie, Sentencia de 25 de noviembre de 1986

Arrêt de la Cour de cassation, N P.02.1139.F, 12 de febrero de 2003

Caso Disparus de Beach, Cour de Cassation, Chambre Criminelle, Arrêt n° 7513 de 10 de enero de 2007

Israel

Tribunal del Distrito de Jerusalem, Fiscal General c. Eichmann (Cr. C. 40/61), sentencia de 15 enero 1961.

Israel High Court of Justice, The Public Committee Against Torture et al. V. The Government of Israel, et. al. HCJ 769/02, Judgement of 14 december 2006

Corte Suprema de Israel, Affo y otros c. Fuerzas de Defensa israelíes en Cisjordania, (HC 785/87); Rafia y otro c. Fuerzas de Defensa israelíes en la Franja de Gaza (HC 845/87); Hindi c. Fuerzas de Defensa israelíes en la región Judea y Samaria (HC 27/88),

Nueva Zelanda

R c. Hartley (1978) 2 NZLR 199

Perú

Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Caso Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, Sala Penal Especial, Expediente n° A.V. 19-2001, Sentencia de 7 de Abril de 2009

Reino Unido

Scott (Susannah), Ex parte (1829) 9B & C. 446

Reg. v. Bow Street Magistrates, Ex parte Mackeson (1981) 75 Cr.App.R. 24, D.C

R v. Guilford Magistrates' Court, ex P. Healey, 1983 1 WLR 108

Bennet c. Horseferry Road Magistrates' Court (1994) 1 AC 42

Senegal

Décision de la Chambre d'accusation de Dakar, Cour d'appel de Dakar, Chambre d'accusation, Arrêt n°135 du 04-07-2000.

Décision de la Cour de Cassation de 20 de marzo de 2001.

Sudáfrica

El Estado c. Ebrahim, 31 INT. LEG.MAT. 888 (1992)

Southern African Litigation Centre and Another v. National Director of Public Prosecution and Others (2012) ZAGPPHC 61, 8 de mayo de 2012

Jurisprudencia internacional

Tribunales Penales Internacionales

Tribunal Militar Internacional de Núremberg

Tribunal Militar Internacional de Núremberg, escrito de acusación, Cargo 4 (B), 6 de octubre de 1945

TPIY, Fiscal c. Mile Mrksic, Veselin Sljivancanin, Sala de Apelación, caso núm IT-95-13/1-A, sentencia de 5 de mayo de 2009

TPIY, Fiscal c. Dusko Tadic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT 94-I-T, Auto que resuelve la solicitud de la Fiscalía solicitando medidas de protección para los testigos y las víctimas de 10 de agosto de 1995

TPIY, Fiscal c. Tadic, Sala de Apelaciones, caso núm. IT-94-1-AR72, Auto interlocutorio que resuelve cuestión de jurisdicción planteada por la defensa de 2 de octubre 1995

TPIY, Fiscal c. Vujadin Popovic, Ljubisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero, Vinko Pandurevic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-05-88-T, Sentencia de 10 de junio de 2010

TPIY, Fiscal c. Momcilo Krajisnik, Trial Chamber, caso núm. IT-00-39-0-T, sentencia de 27 de septiembre de 2006

TPIY, Fiscal c. Dokmanovic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-13ª, Auto sobre la solicitud de puesta en libertad de 22 octubre 1997

TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-94-2-PT, Auto sobre el cuestionamiento de la jurisdicción del Tribunal por parte de la defensa, de 9 de octubre de 2009

TPIY, Fiscal c. Blaskic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-14, sentencia de 3 de marzo de 2000

TPIY, Fiscal c. Blaskic, Sala de Apelación, Auto sobre la solicitud de la República de Croacia de revisar la decisión de la Trial Chamber II de 18 de julio de 1998, 29 de octubre de 1997.

TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Sala de Apelación, caso núm. IT-94-2-PT, Auto que resuelve el recurso de apelación sobre la legalidad de la detención de 5 de junio de 2003

TPIY, Fiscal c. Kunarac, Sala de Apelación, Caso núm. IT-96-23, sentencia de 12 junio 2002

TPIY, Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-96-23/1, Sentencia de 22 de febrero de 2001

TPIR, Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic, Sala de Apelación, caso núm. IT-96-23&IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio de 2002

TPIY, Fiscal c. Kupreskic et al., Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000

TPIY, Fiscal c. Krstic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-98-33-T de 2 de agosto de 2001

TPIY, Fiscal c. Krstic, Sala de Apelación, caso núm. IT-98-33, sentencia de 19 de abril 2004

TPIY, Fiscal c. Brdanin, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-99-36-T, sentencia de 1 de septiembre de 2004

TPIY, Fiscal c. Brdanin, Sala de Apelación, caso núm. IT-99-36-A, sentencia del 3 de abril de 2007

Fiscal c. Stakic, Sala de Apelación, caso núm. IT-97-24-A, sentencia de 22 de marzo de 2006

TPIY, Fiscal c. Vasiljevic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-98-32 sentencia de 25 de febrero 2004

TPIY, Fiscal c. Krnolejac, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-97-25, sentencia de 15 de marzo de 2002

TPIY, Fiscal c. Naletilic y Martinovic, caso núm. IT-98-34, sentencia de 31 de marzo 2003

TPIY, Fiscal c. Vujadin Popovic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-05-88-T, sentencia de 10 de junio de 2010

TPIY, Fiscal c. Blagojevic y Jocik, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-02-60-T, sentencia de 17 de enero de 2005

TPIY, Fiscal c. Kordic y Cerkez, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-14/2-T, sentencia de 26 de febrero 2001

TPIY, Fiscal c. Furundzija, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-17/1-T sentencia de 10 de diciembre 1998

Fiscal c. Delalic y otros, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre 1998

TPIY, Fiscal c. Todorovic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-9/1, sentencia de 31 julio 2001

TPIY, Fiscal c. Tolimir, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-05-88/2-T, sentencia de 12 de diciembre de 2012

TPIY, Fiscal c. Aleksovski, TPIY, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-14/1-T, sentencia de 25 de junio de 1999

TPIY, Fiscal c. Tolimir, Sala II de Primera Instancia, caso núm. IT-05-88/2-T, sentencia de 12 de diciembre de 2012

TPIR, Fiscal c. Jean-Bosco Barayagwiza, Sala de Apelación, caso núm. ICTR 97-19-AR72, Sentencia de 3 de noviembre de 1999

TPIR, Fiscal c. Rutaganda, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-96-3-A, sentencia de 26 de mayo de 2003

TPIR, Fiscal c. RWAMAKUBA, Sala de Apelaciones, caso núm. ICTR-98-44C-A, Decisión en apelación contra el auto sobre reparación adecuada de 13 de septiembre de 2007

TPIR, Fiscal c. Barayagwiza, caso núm. ICTR-97-19-AR72, Auto que resuelve la solicitud de revisión o reconsideración de la Fiscalía de 31 de marzo de 2000

TPIR, Fiscal c. Kajelijeli, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-98-44^a-A, sentencia de 23 de mayo de 2005

TPIR, Fiscal c. Jean-Paul Akayesu, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-96-4-T, sentencia, de 2 de septiembre de 1998

TPIR, Fiscal c. Kayishema y Ruzindana, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-95-1, sentencia de 21 de mayo 1999

TPIR, Fiscal c. Semanza, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-97-20, sentencia de 15 de mayo 2001

TPIR, Fiscal c. Bagilishema, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-95-1A-T, sentencia de 7 de junio 2001

CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Auto de confirmación de los cargos, caso núm. ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero de 2007

CPI, Fiscal c. Lubanga, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICC-01/04-01/06, sentencia de 10 de julio 2012

CPI, Oficina de la Fiscalía, Reporte Intermedio sobre la situación en Colombia, noviembre de 2012.

CPI, Fiscal c. Katanga y Ngudjolo, Sala de Cuestiones Preliminares I, Situación en la República Democrática del Congo en caso de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo, Auto de confirmación de los cargos de 30 de septiembre de 2008, Doc: ICC-01/04-01/07-717.

CPI, Fiscal c. Samoeiruto, Kiprono Kosgey y Arap Sang, Sala de Cuestiones Preliminares, caso núm. ICC-01/09-01/11

CPI, Fiscal c. Saif Al-Islma y Abdullah Al-Senussi, Sala de Cuestiones Preliminares, caso núm. ICC-01/11-01/11, Auto sobre la admisibilidad del asunto contra Abdullah Al-Senussi de 11 de octubre de 2013

CPI, Fiscal c. Katanga y Ngudjolo, Sala de Apelación, caso núm. ICC-01-/04-01/07-1497, sentencia que resuelve el recurso de D. Germain Katanga contra la decisión oral del Tribunal II de 12 de junio de 2009 sobre la admisibilidad del caso de 25 de septiembre de 2009

Tribunal Especial para el Líbano, Fiscal c. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra, Sentencia que resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa contra la decisión del Tribunal sobre el juicio in absentia de 1 de noviembre de 2012, caso núm. STL-11-01/PT/AC/AR126.1,

Tribunal Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Charles Ghankay Taylor, Tribunal de Primera Instancia (Trial Chamber), Caso no. SCSL-03-01-T, Sentencia de 30 de mayo de 2012.

Tribunal Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Charles Ghankay Taylor, Tribunal de Apelación, caso núm. SCSL-03-01-T, Sentencia de 26 de septiembre de 2013

Corte Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Brima, Kamara y Kanu, Sala de Apelación, caso núm. SCSL-2004-16-A, sentencia de 22 de febrero de 2008

Tribunal special para Sierra Leona, Fiscal c. Sesay, Kallon y Gbao, Sala de Primera Instancia, caso núm. SCSL-04-15-T, sentencia de 2 de marzo de 2009

Tribunales regionales de derechos humanos

CIDH, Caso La Cantuta c. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006

CIDH, Caso Goiburú y otros c. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006

CIDH, Caso Suárez Rosero c. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997

CIDH, Caso Tibi c. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004

CIDH, Caso Millacura c. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de agosto de 2011

CIDH, Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988

CIDH, Caso Servellón García y otros c. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006

CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010

CIDH, Caso Castillo Páez c. Perú, sentencia de 3 de enero de 1997

CIDH, Caso Loayza Tamayo c. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997

CIDH, Caso Cantoral Benavides c. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000

CIDH, Caso Ivcher Bronstein c. Perú, sentencia de 4 de septiembre de 2001

CIDH, Caso Barbani Duarte y otros c. Uruguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011

CIDH, caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005

CIDH, Barrios Altos c. Perú (2001);

CIDH, Almonacid c. Chile (2006);

CIDH, Julia Gómez Lund (guerrilla de Araguaia) c. Brasil (2010);

CIDH, Asunto Moiwana c. Surinam (2005),

Informe Anual 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

TEDH, Asunto Airey c. Irlanda, sentencia de 9 de octubre de 1997, solicitud núm. 6289/73

TEDH, Asunto Neumeister contra Austria, sentencia del 27 de junio de 1968, solicitud núm. 1936/63

TEDH, Asunto Ringeisen contra Austria, sentencia del 16 julio de 1971, solicitud núm. 2614/65

TEDH, Asunto Pafitis y otros contra Grecia, sentencia del 26 de febrero de 1998, solicitud núm. 20323/92

TEDH, Asunto Di Mauro contra Italia de 28 de julio de 1999, solicitud núm. 34256/96

TEDH, Asunto Zielinski, Pradal, González y otros contra Francia, sentencia de 28 de octubre de 1999, solicitudes núm. 24846/94, 34165/96, 34166/96, 34167/96, 34168/96, 34169/96, 34170/96, 34171/96, 34172/96, 34173/96

TEDH, Asunto Ruiz Mateos contra España, sentencia de 23 de junio de 1993, solicitud núm. 12952/87 o TEDH, Asunto Díaz Aparicio contra España, sentencia de 11 de enero 2002, solicitud núm. 49468/99.

TEDH, Asunto Ahmed c. Austria, sentencia de 18 de diciembre de 1996, solicitud núm. 25964/94)

TEDH, Asunto Soering c. Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989, solicitud núm. 14038/88

TEDH, Asunto Einhorn c. Francia, sentencia de 16 de octubre de 2001, solicitud núm. 71555/01

TEDH, Asunto Krombach c. Francia, sentencia de 13 de febrero de 2001, solicitud núm. 29731/96,

TEDH, Asunto Kwiatkowska c. Italia (dic.), sentencia de 30 de noviembre de 2000, solicitud núm. 52868/99

TEDH, Asunto Medenica c. Suiza, sentencia de 14 de junio de 2001, solicitud núm. 2049/92,

TEDH, Asunto Poitrimol c. Francia, sentencia de 23 de noviembre de 1993, solicitud núm. 14032/88

TEDH, Asunto Gasiorowski c. Poland, sentencia (méritos y reparación) de 17 de octubre 2006, solicitud núm. 7677/02

TEDH, Gillan y Qinton c. Reino Unido, sentencia de enero de 2010, solicitud núm. 4158/05.

TEDH, Asunto Klein c. Russia, sentencia de 1 de abril de 2010, solicitud núm. 24268/08.

TEDH, Asunto Naletilic c. Croacia, Decisión sobre la admisibilidad de 4 de mayo de 2000, solicitud núm. 51891/99.

TEDH, Asunto Bozano c. France, sentencia de 18 diciembre de 1986, solicitud núm. 9990/82

TEDH, Asunto I.K. c. Austria, solicitud núm. 2964/12, sentencia de 28 de marzo de 2013

TEDH, Asunto Mohammed c. Austria, solicitud núm. 2283/12, sentencia de 6 de junio de 2013

TEDH, Asunto Bozano c. Francia, sentencia de 2 de diciembre de 1997, solicitud núm. 9990/82

TEDH, Asunto Amekrane c. Reino Unido, sentencia de 19 de julio de 1974, solicitud núm. 5961/72.

TEDH, Asunto Ocalan c. Turquía, sentencia de 12 de marzo de 2003, solicitud núm. 46221/99

TEDH, Asunto El-Masri c. República de Macedonia, sentencia de 13 de diciembre de 2012, solicitud núm. 39630/09.

TEDH, Asunto Aydin c. Turquía, sentencia de 25 de septiembre de 1997, solicitud núm. 57/1996/676/866

TEDH, Asunto Al-Adsani c. Reino Unido, sentencia de 21 de noviembre 2001, solicitud núm. 35763/97

Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Michelot Yogogombaye c. Senegal, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, caso núm. 001/2008.

Corte Internacional de Justicia

Opinión consultiva de la CIJ de 11 de abril de 1949 en el asunto de reparación por daños sufridos al servicio de Naciones Unidas

CIJ, Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 9 de julio de 2004

CIJ, Nicaragua c. Estados Unidos de América, sentencia de 27 de junio de 1986

CIJ, Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004

CIJ, Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia, Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, 1980

CIJ, Affaire de l'Interhandel, Arrêt du 21 mars 1959, C.I.J. Recueil 1959,

CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar, Bélgica c. Senegal (*Questions relating to the obligation to prosecute or extradite*), sentencia de 20 de julio de 2012

CIJ, Cuestiones de interpretación y aplicación del Acuerdo de Montreal surgidas como consecuencia del incidente aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Los Estados Unidos), Medidas cautelares, Auto de 14 de abril de 1992.

CIJ, Opinión particular del Presidente Gilbert Guillaume, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002

CPJI, Asunto Lotus, Sentencia nº 9, 1927, Publicaciones de la CPIJ, Series A. Nº 10, 7 de septiembre de 1927

CIJ, Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Objeciones preliminares, sentencia, I.C.J. Reports 1996 (II)

CIJ, Plataforma Continental entre Libia y Malta, Sentencia de 21 de marzo de 1984

CIJ, Asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte,) Alemania c. Dinamarca; Alemania c. Países Bajos), Sentencia de 20 de febrero de 1969

CIJ, Cuestiones de interpretación y aplicación del Acuerdo de Montreal surgidas como consecuencia del incidente aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Los Estados Unidos), Medidas cautelares, Auto de 14 de abril de 1992

CIJ, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996

CIJ, Ciertos Procesos Penales en Francia (República del Congo c. Francia) Medidas Cautelares, Auto de 17 de junio de 2003

CIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: con la intervención de Grecia), Sentencia de 3 de febrero de 2012

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Asunto Melloni, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013, núm. C-399/2011.

Asunto Radu, Gran Sala, Sentencia de 29 de enero de 2013, núm. C-396-11.

Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-306/01, sentencia de 21 de septiembre de 2005

Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Yassi Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-315/01, sentencia de 21 de septiembre de 2005

